Ein Vergleich

zwischen § 556 Abs. 3 (§ 604 Abs. 4) und § 1007 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Vorbeck
Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1930

Referent: Professor Dr. Henle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Disposition.

§ 1. Einleitung 1

I. Der § 556 Abs. 3 BGB.

§ 2. Die Rechtsnatur des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 3
§ 3. Die Rechtsstellung des Untermieters 11
§ 4. Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen . . 22

II. Der § 1007 BGB.

§ 5. Geschichtlicher Ueberblick 23
§ 6. Das Recht auf Besitz 27
§ 7. Erwerb und Verlust des Rechts 31
§ 8. Umfang des Rechtes 35

III. § 9. Die Gegenüberstellung beider Paragraphen . . 39

§ 10. Schluß 42

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552721_0096

Literatur.

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch. Sachenrecht. 3. Auflage. Berlin 1914.

Bödicker, Wirkt nach Reichsrecht das vom Vermieter gegen den Mieter erstrittene Räumungsurteil Rechtskraft und Vollstreckbarkeit gegen den nach der Rechtshängigkeit aufgenommenen Untermieter? Enthält die Räumungsklage aus § 556 BGB. ein sachenrechtliches Moment? Dissertation. Borna-Leipzig 1903.

Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen. 2. Aufl. Leipzig 1902.

Chary, Das Verhältnis zwischen Vermieter und Untermieter. Leipziger Dissertation. Krefeld 1907.

Denkschrift zum Entwurf des BGB. Berlin 1896.

Friderici, Das neue Mietrecht. Leipzig 1900.

Fuld, Das Mietrecht nach dem BGB. für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes. Fischers Abhandlungen zum Privat- und Zivilprozeßrecht. Jena 1898.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 2. Band.

Gierke, Gutachten über die Frage der Zulässigkeit der Vindikation gegen den mittelbaren Besitzer. Verhandlungen zum 24. deutschen Juristentag. Band 3.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. 2. Buch. Leipzig 1899.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Henle, Das Recht auf Besitz. Rostock 1928.

Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Festschrift der Universität Bern.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Auflage. Berlin und Leipzig 1928.

Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reichs. 3. Auflage. Berlin 1913.

Nissen, Zur Struktur der Ansprüche an den Dritten aus §§ 556, 604 BGB. Juristische Wochenschrift 1903.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Buch. 3. Auflage. Berlin 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. u. 4. Auflage. Berlin 1900 und 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.

Rapparport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904.

Reichel, Die Schuldmitübernahme. Fischers Abhandlungen zum Privat- und Zivilprozeßrecht.

Romeick, Zur Technik des BGB. Heft 2. Stuttgart 1902.

Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse. 2. Auflage.

Schubart, Die Untermiete nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach gemeinem Recht. Dissertation. Greifswald 1900.

Sohm, Institutionen. 13. Auflage. Leipzig 1908.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Dernburg-Festgabe der Juristischen Fakultät. Halle 1900.

Staudinger, Kommentar zum BGB. Recht der Schuldverhältnisse. 5.—6. Auflage. München.

Wolff, Das Recht zum Besitz. Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum 50jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen Geheimen Rats *Dr.* Richard Koch. Berlin 1903.

Wolff, Sachenrecht. 20.—21. Auflage. Marburg 1926.

§ 1. Einleitung.

Die Uebertragung des unmittelbaren Besitzes an einer Sache auf Zeit, unter Vorbehalt des mittelbaren Besitzes, kann entweder so geschehen, daß der mittelbare Besitzer die Sache jederzeit oder erst nach Ablauf einer gewissen, vertraglich festgelegten Frist zurückfordern kann. Wenn eine Sache in Verwahrung gegeben wird, so kann der Hinterleger die Sache jederzeit zurückfordern (§ 695 BGB.). Eine derartige Regelung ist verständlich. Der Hinterleger hat das Interesse an dem Vertrage. Anders steht es bei der Miete. Der Vermieter bekommt seine Vergütung, er geht den Vertrag ein, um sie zu bekommen, dem Mieter dagegen ist an einem gesicherten, ungestörten Gebrauch der Sache gelegen. Deshalb kann der Vermieter die Sache erst nach Ablauf der Mietzeit zurückverlangen, falls nicht besondere Umstände eingreifen. Zu diesen Ausnahmen gehört der Fall, daß der Mieter die Sache weitergibt, z. B. untervermietet. Der Vermieter kann dann das Mietverhältnis kündigen und die Sache zurückverlangen (§ 553 BGB.), kommt damit aber nicht zum Ziel, weil der Mieter ja nicht mehr unmittelbarer Besitzer ist. Ist nun die Sache dem Dritten nur zur Verwahrung gegeben, so kann der Vermieter den bereits fälligen Herausgabeanspruch des Mieters pfänden lassen und erlangt die Sache zurück. Wenn aber ein Untermietvertrag abgeschlossen ist, so muß der Vermieter warten, bis der Anspruch seines Mieters fällig ist.

Wenn der Vermieter zugleich Eigentümer der Sache wäre, so könnte er auf Grund des § 985 die Herausgabe der Sache von dem Besitzer verlangen. Da weder dieser noch der Mieter unter den von uns gestellten Umständen dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt sind, so würde die Berufung auf § 986 nicht in Frage kommen.

Wir wollen aber von dieser Möglichkeit absehen, viel-

mehr zu Ungunsten des Vermieters annehmen, daß er nicht Eigentümer der Sache ist.

Der Umstand, daß der Vermieter Besitzer, wenn auch nur unmittelbarer Besitzer war, vermag ihm jetzt nicht zu helfen. Possessorische Ansprüche bezwecken nur den Schutz nach außen, Nichtbesitzern gegenüber, gewähren aber keinen Schutz zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer[1]).

Es liegt demnach ein dringendes praktisches Bedürfnis vor, dem Vermieter nach Beendigung des Hauptvertrages einen direkten Anspruch gegen den Untermieter bzw. -pächter oder Entleiher zu geben[2]). Diesem Bedürfnis entspricht der § 556 Abs. 3 BGB.: „Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern." Dasselbe gilt für die Pacht, auf welche die Vorschriften der Miete entsprechende Anwendung finden (§ 581, 2), und für die Leihe, wo es im § 604 Abs. 4 heißt: „Ueberläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückfordern."

Unserer Besprechung soll der Tatbestand zugrunde liegen, daß der besitzende Nichteigentümer die Sache vermietet, und daß sein Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überläßt. Mit der Gebrauchsüberlassung ist nicht notwendigerweise die Besitzüberlassung verbunden: Wenn die Straßenbahngesellschaft Scheiben- und Wagenflächen für Reklamezwecke vergibt, so behält sie selbst den unmittelbaren Besitz daran, und es erscheint zweifelhaft, ob die werbende Firma überhaupt unmittelbaren Besitz an der Oberfläche der Wagen bekommt. Im allgemeinen ist jedoch Gebrauchs- und Besitzüberlassung das gleiche. Beispiele sind Untermiete, Pacht und Leihe. Die hier bestehenden Herausgabeansprüche sind ohne Besitzüberlassung undenkbar. Zur Vereinfachung lassen wir die Pacht und Leihe aus dem Spiel und sprechen in Zukunft nur von Miete und Untermiete, Vermieter, Mieter und Untermieter. Nur wo sich Abweichungen ergeben, werden wir auch die Leihe und die Pacht in unseren Ausführungen berücksichtigen.

1) Romeick, S. 24.
2) Protokolle, Band 2, S. 190.

I. Der § 556 Abs. 3 BGB.

§ 2.
Die Rechtsnatur des Anspruchs aus § 556 Abs. 3.

Die Konstruktion des Herausgabeanspruches aus § 556 Abs. 3 hat der Gesetzgeber der Wissenschaft überlassen [1]). Ohne Konstruktion wird man bei einer Entscheidung von Zweifelsfragen, z. B. bei der Haftung, nicht weit kommen. Es sind eine Reihe von Konstruktionen aufgestellt worden, die wir jedoch, da der Streit um sie schon lange schwebt, wenn auch immer noch unerledigt ist, nicht bis ins einzelne genau widergeben und kritisieren wollen. Die Theorien zerfallen in zwei Gruppen, in dingliche und obligatorische.

I. Staudinger [2]) geht davon aus, daß zwischen Vermieter und Untermieter kein kontraktliches Verhältnis besteht. Der Untermieter habe keine Berechtigung, nach Beendigung der Miete die Sache weiter im Besitz zu behalten, er begehe eine Vorenthaltung des Besitzes und damit eine Besitzentziehung. — Es wird übersehen, daß Untermieter und Vermieter Besitzer sind, und daß es zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer keinen Besitzschutz gibt, daß vielmehr verbotene Eigenmacht und Besitzentziehung nur von einem Dritten verübt werden kann [2]).

Hellwig [3]) nimmt zur Grundlage seiner Theorie, daß der Kläger mittelbarer Besitzer der Sache sei, und daß sie dem Beklagten von dem Besitzmittler zum Gebrauch überlassen wurde. Man dürfe deshalb den Anspruch nicht als

---

1) Protokolle, Band 2, S. 190.

2) Staudinger-Kober, § 556, III, 3. Ebenso Fuld, S. 109, Friderici, S. 45.

3) Chary, S. 21. Romeick, S. 24.

4) Hellwig, Verträge S. 421 ff.

die gegen den Dritten gerichtete Kontraktsklage betrachten, sondern müsse seine Natur einfach aus den Klagtatsachen bestimmen: als den Anspruch des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe, als eine deutschrechtliche Mobiliarvindikation. Dem Vermieter stehe sie als dem mittelbaren Besitzer zu (vgl. § 1006 Abs. 3 BGB.), und daß der Beklagte sich auf seinen Besitz nicht stützen kann, steht mit der Klagtatsache, daß ihm die Sache von dem Besitzmittler überlassen ist, alsbald fest. — Nicht immer wird der Vermieter seinen Besitz vom Eigentümer herleiten[5]). Das Gesetz spricht vom Vermieter schlechthin. Hellwig[6]) versucht, die Verwandtschaft der Ansprüche aus den §§ 556 Abs. 3 und 1007, der seine Wurzel zum Teil in der deutschrechtlichen Mobiliarvindikation findet, mit einem Verweis auf den § 986 darzutun, wie er in dem letzten Absatz des § 1007 enthalten ist: Der Vermieter und Verleiher haben gegen den Mieter und Entleiher den Anspruch aus § 1007, aber wenn sie vor Ablauf der Mietszeit klagen, so steht ihnen eine aufschiebende Einrede entgegen. Hat der Beklagte von einem anderen als dem Kläger gemietet, und ist dieser andere als Gutgläubiger dem Kläger gegenüber zeitweise zum Besitz berechtigt, so steht dem Beklagten auch gegen den Kläger die aufschiebende Einrede zu. Hellwig findet denselben Aufbau im § 556 Abs. 3. Auch dort sei ein Anspruch erst nach Beendigung der Hauptmiete fällig. Der Beklagte könne dem Kläger also die aufschiebende Einrede, sein Oberbesitzer habe noch ein Recht, die Sache weiter zu besitzen, entgegenhalten. Andererseits, ist das Miet- oder Leihverhältnis des Oberbesitzers des Beklagten beendigt, oder ist dieser dem Kläger gegenüber zum Besitz überhaupt nicht berechtigt, so kann auch der Beklagte, der die Sache als Untermieter dieses Oberbesitzers besitzt, eine Einrede gegen den älteren Besitzer nicht begründen. Hat er gutgläubig angenommen, der andere sei zur Vermietung befugt gewesen, so nützt ihm dies gegenüber dem Besitzanspruch ebensowenig, wie gegenüber dem Eigentumsanspruch. Wenn aber tatsächlich ein Mietverhältnis zwischen

---

5) Bödicker, S. 44 ff.

6) Hellwig, Rechtskraft S. 352. Aehnlich Bödicker, S. 44 ff., insbesondere S. 50.

dem Beklagten und jenem, von dem er seinen Besitz ableitet, vorliegt, so kann der Beklagte sowohl im Falle des § 1007 als auch im Falle des § 556 Abs. 3 behaupten, das Mietverhältnis sei noch nicht abgelaufen. Hellwig findet den Unterschied beider Ansprüche darin, daß der § 1007 nur von beweglichen Sachen handelt, daß aber für die Miete von Grundstücken und Wohnungen eine gleiche Vorschrift geschaffen werden mußte. Auch Chary[7]), sonst ein Anhänger der unten zu besprechenden Romeick'schen Theorie, kommt dieser Ansicht sehr nahe, wenn er meint, der Vermieter könne eine bewegliche Sache mit der dinglichen Klage aus § 1007 zurückfordern.

Hellwig[8]) spricht von einer dinglich radizierten Wirkung gewisser obligatorischer Beziehungen: aus einem Schuldverhältnis, das an sich immer nur dem Gegenkontrahenten gegenüber wirkt, entspringen auch Ansprüche gegen dritte Personen, auch können von einer dritten Person dem einen Kontrahenten bestimmte Einwendungen entgegengesetzt werden.

Hellwig geht stillschweigend davon aus, daß der Beklagte unmittelbarer Besitzer geblieben sei. Der § 556 Abs. 3 spricht zwar von der Gebrauchsüberlassung an einen Dritten, und an und für sich sollte die Gebrauchsüberlassung mit der Besitzüberlassung gleichbedeutend sein. Im Gesetz ist aber nicht zum Ausdruck gekommen, daß der Beklagte auch zur Zeit der Klageerhebung oder auch nur zur Zeit der Beendigung des Hauptvertrages noch Besitzer sein müßte. Wenn dies der Sinn des Gesetzes wäre, so würde auch bei der Miete ein Anspruch auf Herausgabe nur möglich sein, wenn der Mieter nach Beendigung der Miete noch Besitzer der Sache wäre[9]). Wenn Hellwig recht hätte, wäre der Kläger mit seiner Klage abzuweisen, falls der Beklagte nicht mehr Besitzer ist[10]). Auch Mittelstein[11]) teilt Hell-

---

7) Chary, S. 18.

8) Hellwig, Verträge S. 422.

9) Chary, S. 23.

10) Romeick, S. 15. Gierke, Fahrnisbesitz S. 25, 52, 60.

11) Mittelstein, S. 589. Planck, 4. Aufl., § 556, 3 b.

wigs Ansicht. Er schreibt: „Klagevoraussetzung ist, daß der Dritte noch im Besitz der Sache ist. Es wäre durch nichts gerechtfertigt, wenn der Dritte — gemeint ist der Untermieter —, der vielleicht schon zur Zeit der Beendigung des Erstmietverhältnisses die Sache nicht mehr besitzt, verpflichtet sein sollte, für die Zurückgabe an den Erstmieter aufzukommen." Mittelstein übersieht aber, daß bei Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache, mögen sie auf Miete, Kauf oder dergleichen beruhen, nicht immer eine Haftung auf Schadensersatz besteht. Doch davon später. Hellwig kommt es vor allen Dingen darauf an, den gemeinsamen Aufbau der §§ 556 Abs. 3 und 1007 darzutun, der sich vor allem darin zeigt, daß der Durchsetzung der Ansprüche die aufschiebende Einrede des Mieters entgegensteht, das Mietverhältnis sei noch nicht beendet. Diese Aehnlichkeit ist indessen nur eine äußerliche. Ein Vergleich des Anspruchs aus § 556 Abs. 3 mit der rei vindicatio und dem § 1007 unter Heranziehung des § 986 — Einreden aus dem Recht eines Dritten — ist nicht möglich, weil die Klagen verschieden aufgebaut sind. Hier handelt es sich um Einreden des Beklagten, dort muß der Kläger beweisen, daß der Dritte, sein Mieter, dem Beklagten den Gebrauch der Sache überlassen hat, und daß das Mietverhältnis zwischen Kläger und seinem Mieter beendet ist.

Die §§ 1007 und 556 Abs. 3 BGB. weisen einen weiteren erheblichen Unterschied auf. Wenn ich jemand den Besitz überlasse, so kann dies auf Zeit oder für immer geschehen. Bei der Eigentumsübertragung verzichte ich für immer auf den Besitz. Wenn ich nur den Gebrauch einer Sache überlasse, so geschieht das auf Grund eines der im § 868 erwähnten Verhältnisse. Ich behalte den mittelbaren Besitz und kann gegen den Besitzmittler, oder falls dieser die Sache in derselben Weise weiter gibt, gegen die Besitzmittler (§ 871) nie aus dem § 1007 vorgehen, wo Verlust des Besitzes vorausgesetzt wird. Wenn wir mit Hellwig, Bödicker und Mittelstein den Anspruch nur dann als gegeben erachten, wenn Besitz auf Seiten des Beklagten vorliegt, ohne Rücksicht auf Verschulden bei Fehlen des Besitzes, so wird der Umfang des § 556 Abs. 3 in einer Weise eingeschränkt, die im Text selber nicht zum Ausdruck kommt

und der Absicht des Gesetzgebers deshalb zuwider zu laufen scheint.

II. Oertmann[12]) sieht im § 556 Abs. 3 eine gesetzliche, notwendige Schuldübernahme der Verpflichtung des Mieters zur demnächstigen Rückgabe, nicht anstelle des, sondern neben dem ursprünglich Verpflichteten, auch nicht ein Eintritt in die ganze aus der Natur der Miete folgernde Verbindlichkeit, sondern nur eben in die Rückgabepflicht des Mieters.

Zunächst ist zu bemerken, daß diese bloße Rückgabepflicht des Mieters kompliziert ist. Die Sache ist nicht etwa in dem Zustande zurückzugewähren, in dem sie sich bei Beendigung der Miete befindet, sondern der Mieter haftet aus § 558 Abs. 1 auch für Ersatzansprüche wegen Veränderung oder Verschlechterung der Sache. Hierfür müßte der Untermieter jedenfalls haften, gleichgültig ob die Veränderungen von ihm oder von dem Mieter herrühren. Denn Oertmann hat die kumulative Schuldübernahme, den Schuldbeitritt im Auge, wie das Gesetz sie im § 419 bei der Vermögensübernahme und im § 2382 beim Erbschaftskauf vorsieht. Ueberall haften zwei Schuldner als Gesamtschuldner für dieselbe Leistung. Bei der Vermögensübernahme handelt es sich anerkanntermaßen um eine gesetzliche Schuldübernahme. Ob der Uebernehmer sich über das Bestehen oder über die Höhe der zu übernehmenden Verpflichtungen ein klares Bild gemacht hat, oder ob er darüber getäuscht worden ist, kommt nicht in Betracht. Man kann deshalb Oertmann nicht den Einwand entgegenhalten, der Untermieter erfahre oft nichts von dem Bestehen eines Hauptmietvertrages und habe dann nicht den Willen, neben dem Schuldner, seinem Vermieter, für dessen Verpflichtung zur einwandfreien Rückgewährung der Sachen aufzukommen[13]). Der Einwand ist allerdings insofern berechtigt, als man dem Untermieter nicht zumuten kann, als Gesamtschuldner auf dieselbe Leistung wie der Mieter zu haften. Ein derartiger Gedanke ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Im § 549

12) Oertmann, § 556, 3. Reichel, S. 113. Schollmeyer, S. 66. Planck, § 556, 3c. Crome, 237, 47.

13) So Romeick, S. 25. Nissen, S. 202. Bödicker, S. 27. Chary, S. 26. Richtig Reichel, S. 113.

Abs. 2 wird zwar dem Vermieter die Haftung für den Untermieter auferlegt, und das Gesetz sagt, daß der Vermieter die Leistung „auch" von dem Dritten zurückverlangen könne. Daraus kann man aber nicht schließen, daß die Verpflichtung des Untermieters in jeder Hinsicht dieselbe sei, wie die des Mieters. Romeick[14]) kommt zu einem ganz anderen Ergebnis. Er wirft die Frage auf, ob der Untermieter bei einer Verschlechterung der Sache durch den Mieter auch in die sich hieraus ergebende Verpflichtung des Mieters eintrete und meint, ein Gesamtschuldverhältnis sei durch den § 549 Abs. 2 ausgeschlossen. — § 549 Abs. 2 bestimmt, daß der Mieter ein dem Dritten, dem er den Gebrauch der Sache überlassen hat, beim Gebrauch der Sache zur Last fallendes Verschulden zu vertreten habe, bestimmt aber nicht, daß dadurch die eigene Haftung des Dritten erlischt. Dieselbe Regelung begegnet uns im § 278, wo der Schuldner für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen aufzukommen hat. Eine richtige Auslegung des § 549 Abs. 2 muß zu dem Ergebnis führen, daß der Mieter auch für den Untermieter haftet. Dagegen haftet der Untermieter nur für sich, nicht für den Mieter, deshalb kommt ein Gesamtschuldverhältnis nicht in Frage.

Die Oertmann'sche Theorie führt nicht zu einem befriedigenden Resultat, weil danach das Schuldverhältnis zwischen Vermieter und Mieter durch den § 556 Abs. 3 lediglich eine Erweiterung erfährt, und dabei Zweifel auftauchen, für deren Lösung das Gesetz keine Richtlinien gibt. Eine einfache und klare Lösung ist nur zu erreichen, wenn der fragliche Anspruch von dem Hauptvertrage gelöst und sein Umfang nach allgemeinen Regeln, nicht nach Mietrecht bestimmt wird.

Das ist, wenn auch nicht bis zur letzten Konsequenz, in Romeicks Theorie von der abgeleiteten Schuld durchgeführt. Romeick[15]) verweist auf die actio in rem scripta des römischen, nicht des gemeinen Rechts[16]). Die gemeinrechtliche actio in rem scripta ist auf die Sache selbst ab-

14) Romeick, S. 25.

15) Romeick, S. 26 ff.

16) Er stimmt also nicht mit der früheren Auffassung Plancks (1. Aufl., S. 309) überein.

gestellt. Nicht so die klassische. Es sei Sohm[17]) zitiert: Zu ihr gehört die actio quod metus causa, mit welcher ich nach römischem Recht das mir durch erzwungenes Rechtsgeschäft Abgepreßte von demjenigen zurückfordere, welcher gegenwärtig das durch jenes Rechtsgeschäft Erlangte hat. Die Klage besitzt dingliche Wirkung, sie ist in rem scripta, insofern sie nicht bloß gegen den Urheber des metus, sondern ebenso gegen den Dritten geht, welcher von demselben das Eigentum an der Sache erwarb; aber die Klage ist keine dingliche Klage, weil ich gegen den Dritten nicht mehr auf Grund meines Eigentums (der Beklagte ist ja vielmehr Eigentümer), sondern nur auf Grund eines aus dem metus hervorgehenden Forderungsrechtes (gerichtet auf Rückübertragung meines Eigentums) klagen kann[18]). Romeick[19]) betont Oertmann gegenüber, daß bei der Klage aus § 556 Abs. 3 der Dritte dem Kläger selbständig Rede und Antwort stehen müsse. Er entwickelt seinen Begriff von der abgeleiteten Schuld[20]): es ist eine eigene, ursprüngliche Verpflichtung des Dritten statuiert. Bei der actio quod metus causa der Restitutionsanspruch des Gezwungenen, begründet durch den Zwang; bei dem Anspruch aus § 556 Abs. 3 der Rückforderungsanspruch, begründet durch den beendigten Mietvertrag. Daneben in beiden Fällen eine völlig neutrale Tatsache, dort das lucrum sensisse ex ea re, hier die Gebrauchsüberlassung, Untermiete, welche den Vermieter an sich rechtlich nicht berührt; bei dieser Lagerung der Sache folgert das Gesetz einen direkten Anspruch des A gegen C, um einen bestimmten Rechtszweck — Restitution — Rückgabe — absolut zu erreichen. Die obligatorische Beziehung zwischen A und B wird nicht auf C in dieser oder jener Weise übertragen, sondern jene obligatorische Beziehung ist nur ein Tatbestandsmerkmal. C wird nicht als Besitzer einer Sache verklagt, sondern als kraft dieses besonderen Gesetzes-

---

17) Sohm, S. 306.

18) § 31 I. (de act.) 4,6: sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur: In rem veluti Publiciana. In personam veluti quibus de eo agitur, quod (vi) aut metus causa, aut dolo malo factum est.

19) Romeick, S. 22.

20) Romeick, S. 27 ff.

schemas persönlich und an sich mit seinem ganzen Vermögen haftender Schuldner.

Damit ist die Trennung gegenüber den Rechtsbeziehungen zwischen Vermieter und Mieter durchgeführt, die uns notwendig erscheint, weil das Gesetz nur von einem Herausgabeanspruch spricht, aber nicht erkennen läßt, daß die Vorschriften der Miete mit ihren mannigfaltigen gegenseitigen Ansprüchen auch hier Anwendung finden sollen.

Tatbestandsmerkmale für den Anspruch sind nach Romeick[21]) 1. Bestehen der Rückgabeverpflichtung des Hauptmieters als solcher, 2. auf Seiten des Hauptmieters an den Dritten erfolgte Gebrauchsüberlassung. Der Anspruch entsteht also schon im Augenblick der Gebrauchsüberlassung an den Untermieter, ist dagegen fällig erst nach Beendigung der Hauptmiete[22]). Demgemäß läßt Romeick den Untermieter schon von der Gebrauchsüberlassung an haften. Gebrauchsüberlassung ist identisch mit Besitzüberlassung: Wenn der Besitz nicht eingeräumt worden ist, so kann auch kein Herausgabeanspruch bestehen. Mit Ablauf des Hauptvertrages kann der Vermieter vom Mieter selber die Herausgabe der Sache verlangen, wobei gleichgültig ist, ob der Mieter dann noch unmittelbarer oder mittelbarer Besitzer ist. Der Hauptvermieter muß also beweisen, daß dem Untermieter der Besitz der Sache überlassen ist, aber er braucht nicht zu beweisen, daß der Untermieter zur Zeit der Klageerhebung, die mit der Beendigung des Hauptvertrages statthaft ist, noch besitzt. Wenn der Untermieter den Besitz schon vorher verloren oder aufgegeben hat, so ist er damit nicht seiner Verpflichtung zur Herausgabe entbunden. Ob er für die Unmöglichkeit oder für sein Unvermögen haftet, ist eine andere Frage. Die Entscheidung darüber richtet sich nach dem Einzelfall. Der Untermieter haftet nach allgemeinen Grundsätzen, er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Es besteht kein Anlaß, die Klage des Vermieters abzuweisen, wenn dem Untermieter die Sache durch Fahrlässigkeit abhanden gekommen ist, oder wenn er sie vorsätzlich veräußert

---

21) S. 28.

22) a. A. Nissen, S. 202. Chary, S. 28. Prieß, S. 55 ff. Planck, 4. Aufl., § 556, Abs. 3 *b*.

hat. Dagegen scheint bei unfreiwilligem Verlust durch Diebstahl eine Abweisung der Klage billig. Daraus folgt, daß der Anspruch aus § 556 Abs. 3 schon mit der Gebrauchsüberlassung an den Untermieter entstanden ist, wenn er auch erst mit der Beendigung der Hauptmiete fällig wird. Nissen[23]) meint, das Gesetz erkläre nicht, daß der Dritte ein ihm beim Gebrauch der Sache vor Beendigung des Hauptvertrages zur Last fallendes Verschulden zu vertreten habe, lege vielmehr eine derartige Pflicht in Ansehung des Dritten dem Mieter auf (§ 549 Abs. 2). — Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Dritte sein eigenes Verschulden nicht zu vertreten habe. Die Heranziehung des § 549 Abs. 2 ist außerdem für Nissens Ansicht nicht verwertbar, weil in ihm ganz allgemein von einer Mithaftung des Hauptmieters die Rede ist. Die Mithaftung besteht nicht nur bis zur Beendigung der Hauptmiete, sondern solange dem Hauptvermieter der unmittelbare Besitz durch den Dritten überhaupt vorenthalten wird. Nissen bringt, obgleich er den Theorien Romeicks und Oertmanns den Vorzug gibt, somit wieder ein besitzrechtliches Moment in die obligatorische Struktur des § 556 Abs. 3.

§ 3.

Die Rechtsstellung des Untermieters.

I. Nach Romeick[1]) richtet sich die Rückgabepflicht immer nach Vertragsrecht des Klägers: „Der Vermieter hat aus seinem Vertrage einen unmittelbaren Anspruch auf Rückgabe der Sache gegen den Untermieter." — Das steht mit seinen Ausführungen auf Seite 28 in Widerspruch. Dort ist jene obligatorische Beziehung zwischen Hauptvermieter und Hauptmieter nur ein Tatbestandsmerkmal, eine neutrale Tatsache. Es erscheint logisch und billig, den Umfang des Anspruchs nicht nach Mietrecht, sondern nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen. Bezüglich der Haftung waren wir schon zu einem Ergebnis gekommen. Ist der Dritte zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr im Besitz

23) Nissen, S. 202. Chary, S .28. Prieß, S. 55 ff. Planck, 4. Aufl., § 556, 3 b.

1) Romeick, S. 31.

der Sache, so haftet er nach allgemeinen Vorschriften über Verzug. Damit wird dem Gläubiger nicht geholfen, ihm ist an dem Besitz der Sache gelegen.

Es wird die Meinung vertreten, daß dem Hauptvermieter für die Dauer der Vorenthaltung der vereinbarte Mietzins zustehe[2]). Das verträgt sich nicht mit unserer Ansicht von der Selbständigkeit des Anspruchs aus § 556 Abs. 3. Dieser Anspruch ist nur gegeben, um der Notlage des Vermieters abzuhelfen, in der es sich nach Beendigung der Hauptmiete befindet[3]). Der Mietzinsanspruch ist fest mit dem Mietvertrage verbunden, er verschafft dem Vermieter eine bessere Stellung, als sie ihm nach den gewöhnlichen Regeln über Verzug zusteht, denn der Mietzinsanspruch für die Dauer der Vorenthaltung ist ohne Rücksicht auf ein Verschulden gegeben. Da zwischen Vermieter und Untermieter kein Mietvertrag vorliegt, so kann auch keine Mietzinspflicht bestehen, und wir können Nissen nicht zustimmen, wenn er sagt, die Mietzinspflicht wäre keine weitere aus dem Mietvertrage sich ergebende Verbindlichkeit, sondern der Ausfluß der im § 556 Abs. 3 auferlegten Rückgabepflicht[4]). Wir kommen auf einem anderen Wege zu einem befriedigenden Ergebnis.

Nach Beendigung der Hauptmiete kann der Vermieter sofort die Klage erheben. Der Anspruch ist dann rechtshängig, und der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an gelten (§ 292). Der Vermieter kann demnach Herausgabe der Nutzungen verlangen, was sowohl bei der Miete wie auch bei der Leihe von Bedeutung ist, denn Nutzungen sind auch die Vorteile, welche der Gebrauch einer Sache gewährt (§ 100).

Eine Haftung für Nutzungen, die vor der Rechtshängigkeit gezogen sind, besteht gemäß § 988 nicht. Bei der Unter-

---

2) Chary, S. 32.
3) Chary, S. 27.
4) Nissen, S. 203.

miete und Unterpacht ist der Besitz entgeltlich überlassen[5]). Dem steht nicht entgegen, daß der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen (§ 549). Es besteht nur eine Bindung des Mieters gegenüber dem Vermieter, bei deren Verletzung dem Vermieter die Klage auf Unterlassung des vertragswidrigen Gebrauchs und ein Kündigungsrecht gegen den Mieter zusteht. Die Verweigerung der Erlaubnis steht der Gültigkeit des Gebrauchsüberlassungsvertrages nicht entgegen. Die Erlaubnis ist nicht eine Einwilligung oder Genehmigung im Sinne der §§ 182 ff., sondern nur ein Verzicht auf die Rechte aus §§ 550, 553[6]). Eine Haftung wegen der Nutzungen vor der Rechtshängigkeit ist auch entbehrlich, ja unbillig, weil der Vermieter bis dahin seinen Mietzins bekommt.

Dem Vermieter wird in erster Linie daran gelegen sein, die Sache selbst zurückzubekommen oder doch einen Schadensersatz für sie. Er muß seinen Prozeß bis zur rechtskräftigen Verurteilung durchfechten. Dann kann er dem Untermieter zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Soweit nicht die Leistung jetzt rechtzeitig bewirkt wird, kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen (§ 283).

Auch der Untermieter kann weiter vermieten oder verleihen. Der Anspruch aus § 556 Abs. 3 geht auch gegen seine Nachfolger, denn der Vermieter soll in unserer Besprechung nicht Eigentümer, sondern nur Besitzer sein. Er kann demnach selber die Sache vom Eigentümer gemietet haben. Dem vermietenden Eigentümer muß derselbe Anspruch zustehen. So läßt sich die Kette beliebig nach beiden Seiten verlängern. Es entsteht eine Reihe von konkurrierenden Ansprüchen. Der Eigentümer hat zuerst vermietet, dann sein Mieter. Im allgemeinen werden die Verträge so abgeschlossen sein, daß der zunächst abgeschlossene Ver-

---

5) Bei der Leihe ist das nicht der Fall, aber dem Entleiher steht in Wirklichkeit doch ein Nutzungsrecht zu: Alle Gebrauchsüberlassungsverträge des Mieters mit einem Dritten sind gültig.

6) Oertmann, § 549.

trag auch als erster seine Beendigung findet. Wer zuerst vermietet hat, wird siegen. Sein Anspruch ist als erster fällig, und er kann von sämtlichen Besitzmittlern die Herausgabe der Sache verlangen.

II. Wenn wir den Herausgabeanspruch des Vermieters gegen den Untermieter als einen selbständigen auffassen, so erscheint es recht zweifelhaft, ob dem Beklagten auch die Rechte zustehen, die der Mieter gegen den Herausgabeanspruch nach Ablauf der Mietzeit geltend machen kann. Der Mieter hat ein Recht auf Ersatz von Verwendungen und ein Wegnahmerecht bezüglich der Einrichtungen, mit denen er die Mietssache versehen hat (§ 547).

Oertmann läßt sich bei der Entscheidung dieser Frage von allgemeinen Gesichtspunkten leiten. Er schreibt: Der Untermieter wird Ersatz seiner eigenen Verwendungen dann verlangen können, wenn er aus seinem Verhältnis gegen den ersten Mieter Ersatzansprüche hat, und zugleich die Verwendungen unter § 547 fallen. Solche Verwendungen, die der Mieter einem anderen zu ersetzen hat, muß er doch dem Vermieter gegenüber sinngemäß als eigene in Ansatz bringen können. Ebenso kann der Untermieter auch wegen Verwendungen des Mieters die bewegliche Sache zurückbehalten. Das letztere ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich besprochen, aber gemäß dem Recht der Schuldübernahme (§ 147) auch hier anzunehmen. Ferner sagt Abs. 3, der Vermieter kann die Sache „auch" von dem Dritten zurückverlangen, also doch wohl nicht unter günstigeren Bedingungen, als wenn er gegen den Mieter selbst klagt[7]).

Schubart, der sich sonst der Oertmann'schen Theorie der Schuldübernahme anschließt, bestreitet überhaupt eine Verpflichtung des Hauptvermieters, dem Untermieter seine Verwendungen zu ersetzen: „Aus dem Rechtsverhältnis zwischen sich und dem Hauptmieter kann der Untermieter nach den Regeln der Schuldübernahme dem Hauptvermieter gegenüber Einwendungen nicht herleiten (§ 471 Abs. 2). Sein Mietrecht und Retentionsrecht wegen notwendiger Verwendungen berechtigen ihn nur dem Untervermieter gegenüber zum Besitz. Für den Herausgabeanspruch des Haupt-

7) Oertmann, § 556. Chary, S. 33 ff.

vermieters ist dies belanglos. Nur scheinbar also kann der Untermieter wegen seiner eigenen Verwendungen retinieren. Sie berechtigen ihn zwar zur Zurückhaltung an sich, sofern sie einen Regreßanspruch zugunsten des Hauptmieters begründen, aber dann übt er nicht sein, sondern des Hauptmieters Retentionsrecht aus. Demgemäß wendet der Hauptvermieter die Retention ab, wenn er dem Hauptmieter Sicherheit leistet[8])."

Schubart hat Recht mit seiner Behauptung, daß dem Untermieter aus seinem Vertrage mit dem Hauptmieter kein Anspruch aus Verwendungen, die der Hauptvermieter zu ersetzen hat, gegeben wird. Dies Ergebnis wird uns nicht befriedigen: der Hauptvermieter würde besser gestellt, als wenn er die Sache vom eigenen Vertragsgegner zurückforderte. Wenn einmal Verwendungen auf die Sache erfolgt sind, so kann es dem Vermieter gleichbleiben, von wem die Verwendungen herrühren. Hier ist der Oertmann'schen Ansicht beizutreten, daß der Vermieter die Sache doch wohl nicht unter günstigeren Bedingungen als vom Mieter zurückerhalten könne. Die Lösung ist einfach, wenn man auch hier den Anspruch aus § 556 Abs. 3 getrennt für sich allein betrachtet: Der Untermieter hat für den Hauptvermieter ein Geschäft besorgt, ohne von ihm dazu beauftragt zu sein. Planck[9]) billigt einen Ersatzanspruch nur wegen solcher Verwendungen zu, welche der Dritte nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs macht, er kommt erst auf dem Umwege über den § 292 Abs. 2 zu einem Ersatzanspruch. Zu einer solchen Einschränkung besteht kein Anlaß. Nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag kann der Untermieter, wenn die Uebernahme des Geschäfts — Verwendungen auf die Sache — dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 683). Ist dies nicht der Fall, so ist der Vermieter verpflichtet, ihm alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe

8) Schubart, S. 47.
9) Planck, § 556, 3 b.

einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 684). Beim Mietvertrag ist ein Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen immer gegeben, im übrigen finden die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung (§ 547). Die notwendigen Verwendungen bekommt der Untermieter jedenfalls ersetzt, da durch sie der Hauptvermieter bereichert ist — sonst wäre die Sache untergegangen oder verschlechtert worden —, er ist also, wenn man auf das Vertragsrecht nicht zurückgeht, nicht schlechter gestellt, eher besser, denn jetzt steht ihm auch an unbeweglichen Sachen ein Zurückbehaltungsrecht zu, was bei der Miete nicht der Fall ist (§ 556 Abs. 2). Wegen dieser Verwendungen wird dem Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 2 zustehen, aber nicht aus § 273 Abs. 1. Nicht das gesetzliche Schuldverhältnis des § 556 Abs. 3 gibt dem Untermieter ein Zurückbehaltungsrecht nach Mietrecht, der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen beruht vielmehr auf den Rechtssätzen, die für Geschäftsführung ohne Auftrag gelten. Aus ihnen ergibt sich gemäß § 273 Abs. 2 auch ein Zurückbehaltungsrecht.

Auch ein Wegnahmerecht steht dem Untermieter zu, allerdings nicht aus § 547 Abs. 2, das sich nur auf den Untermietvertrag stützen könnte. Wir gehen davon aus, daß der Untermieter die Sachen dem Vermieter nicht freiwillig herausgibt, sondern die Klage abwartet, die Sache „zurückbehält". Dann greift wieder § 292 ein: Der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe der Sache unterliegt denselben Grundsätzen, welche für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Es findet also § 997 Anwendung: Hat der Untermieter mit der Mietsache eine Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden, so kann er sie abtrennen und sich aneignen.

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen des Hauptmieters steht dem Untermieter nicht zu: Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat ein Zurückbehaltungsrecht, wenn *ihm* ein zufälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand zusteht (§ 273 Abs. 2). Gegen eine abweichende Auffassung spricht die herrschende Ansicht, daß Einreden aus dem Rechte eines

Dritten nicht statthaft sind[10]). Es besteht auch kein praktisches Bedürfnis, dem Hauptmieter einen derartigen Schutz zukommen zu lassen. Er hat die Sache freiwillig weiter gegeben und damit auf die günstige Rechtstellung des unmittelbaren Besitzers verzichtet. Wenn ihm an dem Zurückbehaltungsrecht gelegen wäre, so hätte er den Untermietvertrag mit der Abrede abschließen müssen, daß ihm die Sache noch vor Ablauf des Hauptvertrages zurückzugeben sei.

Der Gedanke, daß ein Untermieter auch wegen der Verwendungen des Mieters ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, ist in selbständiger Weise von Stammler und Wolff vertreten.

Stammler[11]) hat zwei Fälle herausgegriffen, wo das Gesetz die Einrede aus dem Rechte eines Dritten zuläßt. Nach § 768 kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen, und nach § 986 kann der vom Eigentümer auf Herausgabe verklagte Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der unmittelbare Besitzer, von dem er seinen Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Stammler[12]) findet das Gemeinsame beider Rechtserscheinungen darin, daß dem Gläubiger zwei Ansprüche gegeben sind, die auf ein und denselben Erfolg für sein Vermögen hinzielen, daß die eine Verbindlichkeit helfend oder abgeleitet hinzutritt, und daß die Nebenpflicht ihrem Bestande und Inhalt nach von den gleichen Fragen wie jene erste Verbindlichkeit abhängig sei[13]). Die Nebenverpflichtung setzt die Hauptverpflichtung ihrem Inhalt und Bestande nach notwendig voraus. Die Hauptpflicht kann wohl gedacht werden ohne die andere begleitende des jetzigen Beklagten, nicht aber umgekehrt[14]). —

Dies trifft wohl bei der Bürgschaft zu, nicht aber bei der rei vindicatio. Wenn sich zwischen Eigentümer und unmittelbaren Besitzer noch ein mittelbarer Besitzer schiebt,

10) Romeick, S. 22. Oertmann, § 556, 3 b. Planck, 4. Aufl., § 556, 3 b.

11) Stammler, S. 3.

12) Stammler, S. 13 ff.

13) S. 29.

14) S. 40.

so ist das Zufall, hat aber mit dem Herausgabeanspruch an sich nichts zu tun. Wolff[15]) verzichtet deshalb auf eine Feststellung, wann allgemein die Einrede aus dem Rechte eines Dritten gestattet sei. Er behandelt die Einrede des Rechts zum Besitz, wie sie gegenüber der rei vindicatio im § 986 gegeben ist, auch im Zusammenhang mit den Rückgabeansprüchen aus Schuldverträgen[16]). Die Statthaftigkeit der Besitzrechtseinrede entspricht der deutschen Rechtsanschauung. Das mittelalterliche Recht unterscheidet Klagen um Gut und Klagen um Schuld. Die Klage um Gut, deren Ziel die Rückgabe einer individuell bestimmten Sache ist, kann auf verschiedene Weise begründet werden, durch unfreiwilligen Verlust der Gewere oder durch freiwillige Uebertragung der Gewere mit bedungener Rückgabepflicht. Sie ist eine Klage um das bessere Recht zum Besitz: Der Beklagte entgeht der Klage um Gut, wenn er ein Recht zum Besitz hat, und es wird nicht weiter berücksichtigt, ob der Kläger Eigentümer der Sache oder sonst dinglich Berechtigter ist... Wenn heute die dinglichen Ansprüche streng von den persönlichen getrennt werden, so wird doch da, wo der mittelbare Besitzer den seinen Oberbesitz begründenden obligatorischen Herausgabeanspruch geltend macht, der Beklagte ihm sein besseres Recht zum Besitz gerade so entgegenstellen können, wie wenn der Herausgabeanspruch dinglich begründet worden wäre. Ist ja doch der obligatorische Herausgabeanspruch in seinem innersten Kern der Klage um Gut verwandt, die der frühere oder mittelbare Gewereinhaber gegen den Gedingsmann aus dem Gedinge erhebt[17]).

Chary erblickt unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Kiel vom 5. November 1901[18]) in dem Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 2 ein Recht auf Besitz, und schließt daraus in Anlehnung an die §§ 985, 1007, daß man dem Beklagten gegenüber dem obligatorischen Herausgabeanspruch des Klägers nicht bloß die Einrede des Rechts aus eigenem Besitz gewähren, sondern dem

15) Wolff, S. 162, ebenso Chary, S. 37, 38.
16) Wolff, S. 176.
17) S. 177.
18) OLG. 4/27.

Beklagten auch gestatten müsse, sich auf das Besitzrecht eines Dritten zu berufen, und zwar im Umfange des § 986[19]).

Die Wolff'sche wie die Chary'sche Theorie kranken zunächst daran, daß sie nur auf die Fälle zutreffen, wo der Beklagte noch Besitzer ist. Man denke nur an den Wolff'schen Satz auf Seite 176: Wo der mittelbare Besitzer den seinen Oberbesitz begründenden obligatorischen Herausgabeanspruch geltend macht, wird der Beklagte ihm sein besseres Recht zum Besitz gerade so entgegenstellen können, wie wenn der Herausgabeanspruch dinglich begründet worden wäre. — Aus der Möglichkeit, unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen, wird also der Schluß gezogen, der Beklagte könne in allen Fällen einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen seines Oberbesitzers geltend machen. So auch Chary, der doch als Anhänger Romeicks den Anspruch aus § 556 Abs. 3 nicht als einen dinglichen auffaßt. — Uebrigens handelt es sich beim Zurückbehaltungsrecht nicht um ein Recht auf Besitz. Das Zurückbehaltungsrecht ist nur ein Schutzmittel, das Recht einer Verweigerung schlechthin, aber kein Recht, aus dem ein Anspruch entstehen könnte[20]).

Von einer Darstellung der deutschrechtlichen Gewere soll zunächst abgesehen werden. Aber es ist zu betonen, daß dingliche Klagen, zu denen die Gewere und die Ansprüche aus dem § 985 und § 1007 gehören, stets gegen den jeweiligen Besitzer in seiner Eigenschaft als Besitzer gehen, daß dagegen bei obligatorischen Klagen der Beklagte nicht aus Besitz, sondern aus einer Verbindlichkeit dem Kläger gegenüber legitimiert wird, die nicht schon bei Weggabe der Sache entstanden zu sein braucht. — Zu einer befriedigenden Lösung kommen wir, wenn wir vorweg uns mit einer anderen Frage beschäftigen: Welchen Zweck verfolgt das BGB., wenn es im § 986 gegenüber der rei vindicatio, die gegen den Besitzer schlechthin sich richtet, Einreden aus dem Rechtsverhältnis, das den Besitzer zum Besitz berechtigt, zuläßt.

---

19) Chary, S. 40.

20) RG. Komm. § 273, 1. Staudinger, § 273, I. Oertmann, § 273, 5.

Es ist auffallend, daß überall, wo die Klage gegen den Besitzer als solchen geht, der mittelbare Besitzer, von dem der Beklagte seinen Besitz ableitet, und der das Bindeglied zwischen Eigentümer bzw. früheren Besitzer und unmittelbaren Besitzer bildet, in den Streit um die Sache hineingezogen werden kann, während das Gesetz bei obligatorischen Klagen derartiges nicht vorgesehen hat. Entweder weil dies seiner Absicht zuwider war, oder, im Sinne der vorerwähnten Darstellungen, weil es dies versehentlich unterließ, es vielleicht auch als eine Selbstverständlichkeit betrachtete.

Der Besitz ist nicht um seiner selbst willen geschützt. Das war der Standpunkt der absoluten Theorie. Nach herrschender Anschauung hängt ein Besitzschutz mit dem Interesse der Gesamtheit an der Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens zusammen. Die possessorischen Ansprüche der §§ 861, 862 sind einstweilige [21]), sie treten gegenüber der wahren Rechtslage zurück. Nach deutschem Recht ist der Besitz, die Gewere, eine Erscheinungsform dinglicher oder obligatorischer Beziehungen zur Sache oder sollte es wenigstens sein [22]). Darin liegt auch heute eine der rechtlichen Bedeutungen des Besitzes: Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird angenommen, daß er Eigentümer der Sache sei. Es besteht also nicht nur ein wirtschaftliches, sondern auch ein rechtliches Interesse an der tatsächlichen Innehabung des Besitzes. Wenn nicht auf Grund eines obligatorischen oder dinglichen Rechts, das den Beklagten zeitweilig zum Besitz berechtigt hat, geklagt wird, wie bei der rei vindicatio und bei der Klage aus § 1007, wo die Klage lediglich auf die Tatsache abgestellt ist, daß der Beklagte Besitzer ist, hat das Gesetz die Absicht, festzustellen, ob der Besitz als Erscheinungsform obligatorischer oder dinglicher Rechte der wahren Rechtslage entspricht, oder ob dies nicht der Fall ist. Zu einer Feststellung der wahren Rechtslage von Amts wegen kommt es in der modernen deutschen Gesetzgebung nicht, weil wir eine Bevormundung der Parteien heute weder für

---

21) Henle, S. 8.

22) Gierke, Sachenrecht § 113, S. 187. Gierke, Fahrnisbesitz, S. 2.

erforderlich noch für wünschenswert halten. Die Gestattung einer Einrede aus dem Rechte eines Dritten ist nicht eine zufällige Bevorzugung gerade des beklagten Besitzers, sondern sie entspricht einer besonderen Absicht: In allen Fällen, wo der unmittelbare Besitzer seinen Besitz nicht vom Kläger direkt herleitet, ist eine auch nur subjektiv richtige Entscheidung darüber, ob einerseits der Beklagte zu Recht besitzt und andererseits der Kläger jetzt die Herausgabe des Besitzes verlangen kann, nur möglich, wenn festgestellt wird, wie der Beklagte in den Besitz der Sache kam und weiter, wie der Kläger den unmittelbaren Besitz der Sache verlor. Nicht jeder Besitz ist zu schützen. Die Rechtsverhältnisse, die dem Besitz zugrunde liegen, sollen aufgedeckt werden.

Das Eigentum ist das umfassendste Recht an einer Sache, aber es muß zurücktreten, wenn ihm obligatorische Rechte gegenüber stehen, die es in seiner Auswirkung auf die Sache, bezüglich des Besitzes zeitweilig schmälern. Der § 986 ist in erster Linie das Mittel, gegenüber der Klage auf Herausgabe des Besitzes, die es nur auf die Sache, nicht auf das Recht absieht, auch dies Recht zur Sprache zu bringen. Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten ist erst eine Folge hiervon.

Besitz ist aber nicht Voraussetzung der Klage aus § 556 Abs. 3. Das obligatorische Verhältnis steht selber zur Diskussion. Aus ihm ist eine Entscheidung der Rechtslage möglich, ohne daß auch die Besitzfragen — Besitz eines Dritten — angeschnitten werden. Es ist Klagevoraussetzung, daß das Recht eines Dritten — der Mietvertrag zwischen Vermieter und Mieter — bereits beendigt ist, und diese Tatsache kommt als Klagevoraussetzung stets zur Sprache. Rappaport meint, die Einrede aus dem Rechte eines Dritten greife die vom Kläger behaupteten Umstände an und bekämpfe die Voraussetzungen seines Anspruchs. Im Gegenteil! Der Einwand, noch nicht der Vermieter, sondern vorerst nur der mittelbare Besitzer des Untermieters, der Mieter, habe den Besitz der Sache zu übernehmen, kann nach der Struktur des § 556 Abs. 3 überhaupt nicht erhoben werden [23]).

---

23) Rappaport, S. 221, 222; richtig Romeick, S. 18, 19.

Eine Verwandtschaft der Besitzansprüche aus Eigentum oder früheren Besitz mit den obligatorischen Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache ist hiernach nicht gegeben. Noch weniger kann aber der Untermieter aus dem Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen die Einrede aus dem Rechte eines Dritten geltend machen. Der Untermieter kann auch das Zurückbehaltungsrecht nicht zu Gunsten der Verwendungen des Hauptmieters geltend machen, denn das Zurückbehaltungsrecht ist kein Recht auf Besitz.

§ 4.

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen.

Wir sehen, daß der Vermieter die Sache auch von dem Untermieter zurückfordern kann, gleichgültig, ob er noch Besitzer ist oder nicht. Voraussetzung für diesen Anspruch ist Abschluß des Hauptmietvertrages, Besitzüberlassung an den Mieter und eine weitere Besitzüberlassung vonseiten des Mieters an den Untermieter. Mit der Beendigung des Hauptvertrages wird der Anspruch fällig.

Wenn der Untermieter nicht mehr im unmittelbaren Besitz der Sache ist, so bestehen zwei Möglichkeiten. Er hat entweder die Sache auf Grund eines der im § 868 bezeichneten Verhältnisse weiter gegeben, so daß er noch mittelbarer Besitzer ist, oder er hat auch den unmittelbaren Besitz an der Sache nicht mehr. Die Sache ist ihm oder seinem Besitzmittler abhanden gekommen, oder sie ist veräußert worden.

Für den ersten Fall bleibt es bei dem bisherigen Rechtssatze. Der Vermieter ist weiterhin mittelbarer Besitzer. Er kann gegen den jetzigen unmittelbaren Besitzer auf Herausgabe klagen. Der Tanz beginnt von neuem. Entweder hat der Untermieter die Sache in Verwahrung, oder zur Miete, Pacht oder Leihe gegeben. Das sind alles Rechtsverhältnisse in denen dem Vertragsgegner der Besitz auf bestimmte Zeit, oder, wie bei der Verwahrung, auf jederzeitige Rückforderung überlassen wird. Außerdem kann der Vermieter die Sache auch vom Untermieter direkt zurückfordern, denn es wird vom Gesetz nicht gefordert, daß er noch irgendwie Besitzer sei, und der Untermieter ist nicht berechtigt, die Sache

weiter zu geben. Tut er es doch, so handelt er vorsätzlich oder fahrlässig.

Der zweite Fall ist der, daß der Untermieter auch den mittelbaren Besitz verloren hat. Dies kann durch Veräußerung geschehen, durch endgültige Uebergabe der Sache, oder dadurch, daß die Sache dem Untermieter gestohlen wird, verloren geht oder sonst abhanden kommt. Mieter und Untermieter wissen, daß sie zu einer Veräußerung nicht berechtigt sind, handeln sie dagegen, so haften sie dem Vermieter aus § 556 Abs. 3. Bei unfreiwilligem Verlust ist es Tatfrage, ob der Untermieter ihn zu vertreten hat. Wenn er fahrlässigerweise die Sache verloren hat, oder wenn er es dem Diebe zu leicht machte, sich ihrer zu bemächtigen, so haftet er ebenfalls aus § 556 Abs. 3.

In den übrigen Fällen, wo den Untermieter bei unfreiwilligem Verlust der Sache kein Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft, versagt die Klage aus § 556 Abs. 3 gegenüber dem Untermieter.

Den Fällen der zweiten Gattung ist gemeinsam, daß das Band der Besitzvermittlung zwischen dem Vermieter, dem Untermieter und dem jetzigen Besitzer zerrissen ist. Nicht immer ist dann der Anspruch aus § 556 Abs. 3 gegeben. Hier greift ein anderer Anspruch ein, der Anspruch aus § 1007. Er besteht nur für bewegliche Sachen. Das wird an dieser Stelle nicht auffallen: Eine unbewegliche Sache kann nicht verloren gehen.

II. Der § 1007 BGB.

§ 5.

Geschichtlicher Ueberblick.

Der § 1007 sieht auf eine lange Entwicklung zurück, deren Anfänge im römischen und deutschen Recht wurzeln. Eine Erörterung dieser geschichtlichen Anfänge ermöglicht gerade hier ein tieferes Eindringen in die Probleme, die die ungenaue und zweideutige Fassung des Paragraphen zu lösen gibt.

Im römischen Recht konnte nur seitens des Eigentümers selber das Eigentum erworben werden: nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet. Verfügungsgeschäfte waren, was res mancipi betrifft, nach quiritischem Recht die mancipatio und die in iure cessio. Als das quiritische Recht mehr und mehr der Beweglichkeit des praetorischen Rechts Platz machte, schien es unbillig, die traditio, das formlose Uebereignungsgeschäft des praetorischen Rechts, nicht auch bei res mancipi gelten zu lassen. Dies führte bei dem in Rechtssachen konservativen Sinn der Römer nicht zu einer Abänderung des noch geltenden quiritischen Rechts, aber der Praetor gab, wenn eine Sache tradiert war, dem Käufer gegen den die Sache mit der rei vindicatio zurückfordernde Verkäufer, der Eigentümer geblieben war, die exceptio rei venditae et traditae [1]). Eigentümer wurde der Käufer auch jetzt noch nicht, es war nur ein Schutz gegen den Verkäufer, nicht gegen Dritte geschaffen. Wenn der Dritte in den Besitz der Sache kam, so hatte der Eigenbesitzer vorderhand kein Mittel, die Sache zurückzufordern. Auch hier griff der Praetor ein. Es gab noch eine dritte quiritarische Eigentumserwerbsart, die usucapio, Ersitzung bei unbeweglichen Sachen nach zwei, bei beweglichen Sachen nach einem Jahr. Sie war nur bei bona fides, iusta causa gegeben, nicht bei res furtivae. Nach Ablauf der Ersitzungszeit wurde, wer die Sache vom Nichteigentümer tradiert erhalten hatte, Eigentümer. Der Praetor wies nun den iudex an, Dritten gegenüber bei einem Besitzverlust vor Ablauf der Besitzzeit diesen Ablauf, also den Eigentumserwerb zu fingieren [2]). Der Besitzer wurde dem Eigentümer gegenüber durch die exceptio rei venditae et tradiae, Dritten gegenüber, die später, nach ihm den Besitz erlangten, durch dieses Edikt, der actio Publiciana geschützt. Mit der actio Publiciana konnte er dem Dritten die Sache wieder abfordern. Es handelte sich um eine Fiktion, bei der nicht vergessen werden durfte, daß das Eigentum vor Ablauf der Ersitzungszeit nicht übergehen sollte. Die Klage war nicht gegen den Eigentümer gerichtet, sie

1) Sohm, S. 366.
2) Sohm, S. 300, 366.

versagte ihm gegenüber, aber sie gab als eine utilis rei vindicatio dem Ersitzungsbesitzer Dritten gegenüber eine eigentümerähnliche Stellung.

Es sind die eigentümlichen römischen Besitzverhältnisse, der enge Begriff der possessio im Gegensatz zur bloßen detentio zu beachten, es ist weiter zu berücksichtigen, daß das römische Recht den Begriff des mittelbaren Besitzes nicht kennt.

Im Gegensatz zum römischen Recht betont das deutsche Recht die dinglichen Beziehungen zur Sache, weniger die obligatorischen. Der Verpfänder, Verleiher forderte nach Ablauf des jeweiligen Vertrages — Gedinges — seine Sache vom Gegner nicht nach Vertragsrecht zurück, sondern behauptete, die Zeit der dinglichen Berechtigung des Beklagten an der Sache sei zu Ende gekommen, und er muß unter Umständen den Nachweis führen, daß er dem Beklagten die Sache unter der Verpflichtung zur späteren Rückgabe gegeben habe[3]). Das tatsächliche Verhältnis zur Sache, die Gewere, ist aber gleichzeitig die Erscheinungsform eines Herrschaftsrechts an der Sache[4]). Ein Dritter kann in dem Inhaber der Gewere ohne weiteres den Berechtigten voraussetzen. Wenn der Entleiher oder Pfandgläubiger die Sache weiter gibt, veräußert, so kann der Eigentümer kraft seines Gedinges die Sache nicht vom Dritten zurückverlangen. Er hat seinem Kontrahenten die Gewere übertragen und ihm damit die günstige Stellung des Gewereinhabers verschafft: Hand wahre Hand!

Anders, wenn es sich um den Verlust einer beweglichen Sache handelt. Der Dieb kennt den seiner Gewere anhaftenden Mangel. Hier ist ein Rückgabeanspruch selbstverständlich. Ein Dritter wird den Mangel nicht immer kennen, doch war dies seltener als heuzutage der Fall. Die auch in wirtschaftlicher Beziehung primitive Lebensart, die den Menschen an die Scholle band, ihn mit seiner allernächsten Umwelt das ganze Leben hindurch verband, und nicht nur Mitglieder anderer Völker, Reisende und Kaufleute, sondern schon die nächste Markgenossenschaft als etwas

3) Huber, S. 11.
4) Huber, S. 10. Gierke, Fahrnisbesitz S. 2.

Fremdes betrachtete, brachte es mit sich, daß eine unehrenhafte Tat, wie Raub und Diebstahl, schnell bekannt wurde. Zumindest sorgte das vom Bestohlenen erhobene „Gerüft" dafür. Wer im Dorfe nicht vom Diebstahl erfuhr, mußte sich den Vorwurf, fahrlässigerweise Diebesgut erworben zu haben, gefallen lassen[5]). Hatte ein Fremder das Diebesgut erworben, so war er, als Ortsunkundiger, nicht mit der nötigen Vorsicht vorgegangen. Außerdem genoß ein Fremder nicht den Rechtsschutz, der den Mitgliedern der Markgenossenschaft zuteil wurde.

Der frühere Gewereinhaber kann also im allgemeinen die Sache nicht von einem Dritten zurückverlangen, wenn dieser Dritte auf die äußere Stellung dessen vertraute, von dem er die Gewere erlangt hat. Nur bei unfreiwilligem Verlust wird der neue Inhaber gegenüber dem Herausgabeanspruch des alten Gewereinhabers nicht geschützt. Unfreiwilliger Besitzverlust lag aber nicht vor, wenn der alte Inhaber die Sache auf Grund eines Gedinges zeitweilig weggegeben hatte, und der Gedingmann sie endgültig weitergab. Eine mangelhafte Gewere wird nicht geschützt. Die Gewere ist mehr als bloßer Besitz, sie ist der Ausdruck des Rechtes, welches der Inhaber zu besitzen behauptet. Dem Rückforderungsanspruch des früheren Gewereinhabers liegt das Recht zugrunde, aber es ist vom Recht nur die Rede als der Voraussetzung, unter welcher seinerzeit die Bestellung der Gewere erfolgte. Beim Diebstahl braucht dies Recht nicht behauptet und bewiesen zu werden, die unrechtmäßige Innehabung der Gewere ist offenkundig[6]).

Nicht um des Besitzes willen wird der frühere wie der jetzige Inhaber der Gewere geschützt, sondern um des Rechtes willen[7]). Zwar erleichtert die Berufung auf die Gewere als der äußeren Erscheinungsform dinglicher oder obligatorischer Rechte auch im deutschen Recht die Stellung ihres Inhabers. Die gleiche vorteilhafte Stellung genießt aber, wer seinerseits frühere Gewere beweisen kann. Das Urteil erfolgt nicht im Sinne einer bloß äußerlichen Erledigung des entstandenen

5) Huber, S .13.
6) Huber, S. 15.
7) Huber, S. 45.

Streites, sondern im Sinne einer Entscheidung über das Recht selbst, auf Grund der vorliegenden tatsächlichen Verhältnisse. Von einem Recht auf Besitz kann bei der Gewere nicht gesprochen werden. Was man so genannt hat, ist entweder der Anspruch des früheren Inhabers der Gewere auf Anerkennung eines dinglichen Rechts, oder seine Befugnis, unter Berufung auf die frühere Gewere die Gewere des jetzigen Inhabers zu brechen[8]). Andererseits bedeutet die Gewere nicht das dingliche Recht selbst[9]). Die Gewere stellt unter Vorbehalt der Berichtigung die Ordnung der dinglichen Rechte dar. Die Rechtsordnung stellt sich vielmehr ein materielles Recht als überall zugrunde liegend vor. Aber sie nimmt auf dies Recht nur dann Bezug, wenn der jüngere Inhaber der Gewere von einem früheren angegriffen wird. Sonst begnügt man sich mit der äußeren Darstellung der Rechte in der Gewere und läßt den Rechtsverkehr sich in einer Form bewegen, die es gestattet, die Materie in den allermeisten Fällen ununtersucht zu lassen. —

Die weitere geschichtliche Entwicklung führt zu einer Verschmelzung germanischer und römischer Rechtsauffassungen, aber nicht derart, daß die Gewere und die actio Publiciana zu einem neuen, die Vorzüge beider Institute umfassenden Gebilde zusammen geschmiedet werden. Die Entwicklung führte vielmehr zu einer Durchsetzung der römischen possessorischen Ansprüche mit der petitorisch gearteten, aus der Gewere entspringenden Anefangsklage. Eine derartige juristisch nicht befriedigende Entwicklung verlor sich mit dem Siegeszug des klassischen römischen Rechts durch die deutschen Länder. Die Entwicklung wurde abgebrochen, man ging auf die römische Wurzel zurück.

§ 6.

Das Recht auf Besitz.

Für den § 1007 haben sich Bezeichnungen wie „Anspruch aus früherem Besitz" oder „actio Publiciana" und ähnliche eingebürgert. Bevor wir uns der Natur dieses

8) Huber, S. 46.
9) Huber, S. 47.

Anspruches zuwenden, muß festgestellt werden, auf welchem Recht, dingliches oder obligatorisches, dieser Anspruch sich gründet.

Ein Anspruch beruht auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht, nicht auf sich selber. Der Anspruch geht auf eine Sache, passiv legitimiert ist der jeweilige Besitzer der Sache. Bei dem Anspruch aus § 556 Abs. 3 war und blieb der Untermieter mit der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses passiv legitimiert, gleichgültig, ob er den Besitz behielt oder nicht. Im § 1007 muß es sich demnach um ein dingliches Recht handeln. Ein Anspruch aus Eigentum liegt nicht vor. Die Zahl der beschränkten dinglichen Rechte ist begrenzt, alle diese Rechte liegen auf einem anderen Gebiet. Bleibt nur noch der Besitz. Der Besitz ist kein Recht, er ist zunächst die tatsächliche Herrschaft über eine Sache, er ist eine Tatsache. Das Gesetz hat dieser Herrschaft einen Rechtsschutz verliehen. Der Besitzschutz geht außerdem auf den Erben über. Diese Tatsache, der Besitz, wird indessen nur einstweilig geschützt, er wird nicht nur im Interesse des Besitzers, sondern ebenso sehr im Interesse der Allgemeinheit geschützt.

Dies bedarf noch einer Auslegung. Der Besitz verkörpert eine Herrschaft. Die Herrschaft beruht wiederum auf einem Recht, sollte es wenigstens tun. Das Gesetz nimmt an, daß diese Herrschaft zu Recht besteht, ja, es wird vermutet, daß der Herr über eine Sache ihr Eigentümer ist. Stellt sich heraus, daß er zur Herrschaft nicht berechtigt ist, so muß der Schutz versagen. Deshalb ist der Besitzschutz kein dauernder, sondern nur ein einstweiliger[1]).

Die possessorischen Besitzansprüche erlöschen, wenn durch rechtskräftiges Urteil festgestellt wird, daß dem Täter — dem Besitzentzieher oder Störer — ein Recht an der Sache zusteht (§ 864).

Eine derartige Einschränkung ist beim § 1007 nicht gegeben. Auch hier wird ein Besitz geschützt, aber es stehen sich früherer und gegenwärtiger Besitzer gegenüber. Bei Gleichberechtigung beider Parteien wird stets der bestehende Zustand bewahrt bleiben: In pari causa melior est condicio

1) Henle, S. 7/8.

possidentis. Der frühere Besitzer muß also irgendwie rechtlich qualifiziert sein. Das war auch im römischen und deutschen Recht der Fall. Nur der bona fide possidens, der ehrliche Gewereinhaber wurde geschützt. Das geltende Recht schützt nur scheinbar den früheren Besitzer schlechtweg. Was im Schlußabsatz steht, daß der Anspruch versage, wenn der frühere Besitzer beim Besitzerwerb nicht in gutem Glauben war, gehört zum materiellen Tatbestand. Der Anspruch aus § 1007 steht dem früheren Besitzer nur zu, wenn er beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Die Regelung, den dritten Absatz als Einschränkung zu bringen, hat ihre Ursache in prozessualen Erwägungen. Besitzerwerb in gutem Glauben gehört zum Tatbestand, aber nicht zur Klagebegründung [2]).

Der Besitz kann auf verschiedene Weise erworben werden, originär durch Spezifikation, Aneignung einer herrenlosen Sache, oder derivativ, auf Grund rechtsgeschäftlicher Abrede. Die Besitzverschaffung auf Grund eines Rechtsgeschäftes kann für die Dauer oder auf Zeit berechnet sein. Der Eigentümer ist auch zeitweilig unumschränkter Herr der Sache. Der Mieter, Pächter dagegen erwirbt die Herrschaft nur auf Zeit, der Verwahrer zeitweilig, auf jederzeitige Rückforderung. Hier ist ein Rechtsschutz selbstverständlich. Der Eigentümer wird sich gegen jeden, dem seine Sache in die Hände kommt, mit der Klage aus dem Eigentum wenden können. Er muß sich aber als Eigentümer legitimieren. Leichter wird der Beweis sein, daß er die äußere, zutage tretende Herrschaft besessen hat. Der Mieter kann aus seinem Vertragsrecht nur gegen den Vermieter klagen, Dritten gegenüber versagt sein Vertragsrecht. Ihm wird ein weiterer gegen Dritte wirkender Schutz willkommen sein. Eine dritte Gruppe bilden die Fälle, wo an sich kein originärer Besitzerwerb vorliegt, wo aber der Besitzerwerber einen solchen annimmt: Der Finder hält die gefundene Sache für herrenlos. Hierzu gehört weiter der Fall, daß jemand Eigentum vom Nichteigentümer erwirbt, oder vom Nichteigentümer oder vom Diebe mietet, oder daß der Be-

2) a. A. Gierke, S. 58. Biermann, § 1007, 2c. Wolff, § 23 vor I.

sitzer selber der Dieb ist. Dem römischen und dem germanischen Rechtsempfinden widerspricht es, den Dieb zu schützen, wenn sein unehrlicher Besitzerwerb auf der Hand liegt. In den übrigen Fällen ist die Schmälerung der Rechte des wirklich Berechtigten mit dem Schaden abzuwiegen, den der arglose Besitzerwerber erleidet, falls er die Sache wieder herauszugeben hat.

Der Eigentümer und der Mieter werden gegen Dritte geschützt, weil sie ein Recht zur Sache haben. Nach geltendem Recht kann das Eigentum aber auch vom Nichteigentümer erworben werden, und es ist nicht nötig, daß der Vermieter Eigentümer ist. Ueberall entstehen Rechte auf die Sache, Rechte auf Besitz [3]). Wir erkennen die Gewere des deutschen Rechtes wieder. Auch die Gewere verkörperte eine Sachherrschaft, die dritten unredlichen Erwerbern gegenüber geschützt wurde, nur daß der Begriff des unredlichen Erwerbes mit Rücksicht auf das Hand-wahre-Hand-Prinzip ein anderer war, als der moderne. Im deutschen Recht, wo aus der das Recht auf Besitz verkörpernden äußeren Sachherrschaft geklagt wurde, kam das dem Besitz zugrunde liegende Recht zunächst nicht zur Sprache. So auch heute. Wir sprechen nicht vom Recht auf Besitz aus Eigentum, aus Miete oder Pacht, sondern vom Recht auf Besitz als einem festen Begriff. Der Schutz des Rechts auf Besitz steht nicht nur dem wirklich Berechtigten, sondern auch dem nur vermeintlich Berechtigten zu. Ein weites Feld, dem eine gewisse Relativität entsprechen wird.

Ein Anspruch aus dem Recht entsteht, wenn der Besitz gestört wird, verloren geht. Der Inhalt des Rechts ist dementsprechend dahin gerichtet, daß die Pflichtsubjekte das Rechtsubjekt in Ansehung des Besitzes der Sache nicht beeinträchtigen: Weder ihm den Besitz entziehen noch vorenthalten, noch ihn im Besitze stören [4]).

Der Anspruch richtet sich deshalb auch gegen den mittelbaren Besitzer. Bei der rei vindicatio unterliegt dies keinem Zweifel [5]). Dasselbe muß aber auch hier gelten, denn der

3) Henle, S. 11.
4) Henle, S. 13.
5) Gierke, Gutachten S. 32.

Anspruch aus dem Recht auf Besitz richtet sich gegen den Besitzer. Der mittelbare Besitzer ist aber auch Besitzer (§ 868). Nur ist zu bedenken, daß das Eigentum ein absolutes Recht ist, während unser Recht, wie ein Blick in den später zu besprechenden Absatz 2 zeigt, mitunter versagt.

§ 7.

Erwerb und Verlust des Rechts.

I. Das Recht auf Besitz wird erworben durch Besitzerwerb in gutem Glauben. Weshalb nicht der reine Besitzerwerb geschützt wird, ist schon oben ausgeführt worden. Eine derartige Einschränkung erscheint unvermeidlich. Auch der jetzige Besitzer würde sonst stets ein Recht auf Besitz erwerben. Der jetzige Besitz müßte dann den Ausschlag geben, es geht nicht an, einem früheren Besitzstand um seiner selbst willen größere rechtliche Bedeutung zuzulegen als dem jetzigen.

„Guter Glaube" ist mehrdeutig. Es kann bedeuten guten Glauben an den Eigentumserwerb vom Vormann oder guten Glauben an den Besitzerwerb auf Grund eines sonstigen Verhältnisses oder auf Grund einer originären Erwerbsart, Aneignung einer herrenlosen Sache. Das römische Recht gab, seiner eigentümlichen Auffassung des Besitzes entsprechend, nur dem Eigenbesitzer, dem Ersitzungsbesitzer, dies Recht. Der entsprechende Gewerebegriff des deutschen Rechts ist umfassender. Die Gewere ist die Verkörperung der Sachherrschaft, mag diese nun auf Eigentum beruhen oder auf einem andern, beschränkten Recht.

Wolff[1]) schließt daraus, daß es gleichgültig sei, welches Besitzrecht in Frage stehe, ob ein dingliches oder ein obligatorisches. Dies bedarf einer Einschränkung. Ein unredlicher Besitzerwerb ist niemals imstande, ein Recht auf Besitz zu begründen[2]). Wenn ein Dritter weiß, daß der Besitzer auf unehrliche Weise, durch Diebstahl, den Besitz erlangt hat, und nun von ihm auf Grund Mietvertrages den Besitz erlangt, so ist tatsächlich ein Mietvertrag zustande

1) Wolff, § 23, I, 1.

2) Gierke, Fahrnisbesitz S. 58. Staudinger, § 1007, 4, 2.

gekommen. Dasselbe gilt, wenn der Untermieter beim Besitzerwerb weiß, daß sein Vermieter vom Eigentümer nicht die Erlaubnis erhalten hat, die Sache weiter zu vermieten [3]). In beiden Fällen liegt Besitzerlangung auf Grund eines Vertrages vor, die Verträge sind sogar rechtswirksam, aber die Besitzer wissen, daß sie dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitze berechtigt sind. Man könnte meinen, daß sie dennoch ein Recht auf Besitz erlangen, aber dem Eigentümer gegenüber zurücktreten müssen. Dem Eigentümer gegenüber versagt das Recht auf Besitz, wenn der Besitzer ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist (§§ 1007 Abs. 3, 986). Henle gibt ein Beispiel dafür, daß diese Auffassung unhaltbar ist [4]). Der Dieb erlangt kein Recht auf Besitz, weil er schlechtgläubig ist; der kundige Abmieter des Diebes würde das Recht auf Besitz erlangen, weil er ein Mietrecht hat. Offensichtlich unhaltbar. Der Dieb hat kein Recht auf Besitz: verliert er die Sache, so kann er nichts machen. Aber leiht er einem Spießgesellen die Sache oder gibt er sie ihm in Verwahrung, und verliert dieser sie, so kann der Spießgeselle die Sache dem Dritten abfordern ... Maßgebend muß in beiden Fällen sein, daß der Spießgeselle so viel und so wenig Schutz verdient, wie der Dieb selbst. Nur zweierlei kann es geben. Entweder man gewährt jedem Besitzer als solchem das Recht auf Besitz; dann hat es auch der Dieb selbst. Oder aber man gibt nur dem „gutgläubigen Besitzer", damit natürlich vorab dem wahren Mittler des Eigentümers das Recht auf Besitz.

Unter „guter Glaube" ist deshalb nur die nicht vorsätzliche oder grobfahrlässige Annahme zu verstehen, das zum Besitz berechtigende Verhältnis führe auf den Eigentümer zurück [5]).

II. Abs. 3 des § 1007 lautet: Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Besitzer den Besitz aufgegeben hat. Damit ist auch das Recht ausgeschlossen. Ein Recht wird gewöhnlich durch Willenserklärungen aufgegeben. Das muß auch hier möglich sein. Die Ausdrucksweise des Gesetzes

---

3) Henle, S. 31, 32.
4) Henle, S. 31.
5) Henle, S. 30.

ist deshalb zu eng: Das Recht muß auch dann erlöschen, wenn der Besitz verloren war, und nun dem Finder gegenüber der Verzicht auf das Recht erklärt wird[6]). Es liegt nahe, zu fragen, ob auch schon vor Verlust oder Aufgabe des Besitzes auf das Recht verzichtet werden kann. Offenbar nicht.

Besitzaufgabe ist verschieden zu verstehen. Das Gesetz stellt den früheren Besitzer dem jetzigen Besitzer gegenüber. Wenn der Besitz auf Grund eines Verhältnisses der im § 868 erwähnten Art weitergegeben, der mittelbare Besitz aber zurückbehalten wird, so ist von einem früheren Besitzer nicht die Rede. Ein Anspruch aus dem Recht auf Besitz ist noch nicht entstanden, der Vermieter kann gegen seinen Mieter also nicht mit der Klage aus § 1007 vorgehen[7]). Der Besitz muß demnach endgültig aufgegeben sein. Die Aufgabe ist immer eine freiwillige, in ihr liegt der Verzicht auf das Recht auf Besitz. Sie kann eine reine Besitzaufgabe sein: Der Entleiher hat die Sache mit auf das Schiff genommen und wirft sie in Seenot aus. Der Fall liegt auf der Grenze zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzverlust. Aber die Aufgabe ist beabsichtigt, sie entspricht dem Willen des bedrängten Passagiers. Mit der Besitzaufgabe wird meistens ein Rechtsgeschäft verbunden sein, wie bei der Uebereignung einer Sache durch Einigung und Uebergabe, durch Vindikationszession, durch Uebereignung brevi manu, constitutum possessorium[8]). Im letzten Fall wird zunächst der mittelbare Besitz aufgegeben, während der unmittelbare Besitz nicht endgültig, sondern auf Zeit zurückbehalten wird.

Die Fälle, wo mittelbarer und unmittelbarer Besitz an der Sache, und damit zwei Rechte auf Besitz bestehen, liegen etwas schwieriger. Wenn der Mieter die Sache nach Ablauf der Mietzeit dem Vermieter zurückgibt, so erlischt auch sein Recht auf Besitz. Es erlischt aber nicht, wenn er die Sache vor oder nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses verliert, gerade dann wirkt sich das Recht Dritten gegenüber aus. Daß er dem mittelbaren Besitzer

---

6) Henle, S. 20.
7) Henle, S. 19.
8) Henle, S. 28.

gegenüber zum Besitz nicht mehr berechtigt ist, kann Dritten keine günstigere Rechtsstellung verschaffen, muß aber bei einem Streit zwischen Vermieter und Mieter Berücksichtigung finden, und kann auch nicht unbeachtet bleiben, wenn sowohl Mieter als auch Vermieter ihre Rechte auf Besitz zu gleicher Zeit gegen Dritte geltend machen.

Es ist noch der Fall zu untersuchen, daß der unmittelbare Besitzer den Besitz und zugleich auch das Recht auf Besitz ohne Wissen und Willen des mittelbaren Besitzers aufgibt. Von einem unfreiwilligen Verlust der Sache kann hier nicht gesprochen werden, weil ein derartiger Verlust den Verlust der tatsächlichen Sachherrschaft bedeutet, welcher nur in der Person des Besitzmittlers eintreten kann, und der Besitzmittler den Besitz freiwillig vom früheren unmittelbaren, nunmehr mittelbaren Besitzer erlangt hat. Eine Anwendungsmöglichkeit des Abs. 2 ist also nicht gegeben. Hier schimmert die Anefangsklage des deutschen Rechts durch, die nur bei unfreiwilligem Besitzverlust schlechthin durchdrang, aber nicht in dem Falle, wo der Kläger die Sache früher freiwillig fortgegeben hatte, und sein Gewährsmann sie an den Beklagten veräußerte.

Andererseits kann man nicht sagen, daß der mittelbare Besitzer ein Recht auf Besitz überhaupt nicht mehr zu beanspruchen hat, denn er hat den Besitz ja nicht freiwillig aufgegeben, sondern nur den unmittelbaren Besitz fortgegeben, während er sich den mittelbaren Besitz vorbehielt.

Biermann führt gegen die Auffassung, in der Besitzaufgabe seitens des Besitzmittlers sei doch auch eine Besitzaufgabe des mittelbaren Besitzers zu erblicken, das sehr beachtliche Argument an, daß nach ihr der Absatz 1 — abgesehen von Geld und Inhaberpapieren — überhaupt kein Anwendungsgebiet hat[9]). Der Absatz 1 ist also in erster Linie gerade für diesen etwas komplizierteren Fall gegeben. Die Klage versagt also einem gutgläubigen Erwerber gegenüber. Die freiwillige Besitzaufgabe durch den Besitzmittler kann demnach für den mittelbaren Besitzer nicht nur den Verlust des Besitzes, sondern auch den Verlust des Rechtes zur Folge haben.

---

9) Biermann, § 1007, 2b.

Da der Verlust des Rechtes nur bei gutgläubigem Erwerb seitens eines Dritten in Frage kommt, so könnte man meinen, das Recht des Vermieters wäre in diesem Falle nur relativ unwirksam, und es würde wieder aufleben, sobald der jetzige gutgläubige Besitzer abtritt. Das kann nicht der Fall sein, wie ein Blick auf die Regelung eines derartigen Falles beim Eigentumserwerb zeigt: Wäre der Berechtigte, statt nur aus § 1007 berechtigt zu sein, Eigentümer gewesen, so wäre das Eigentum untergegangen [10]), um so mehr muß ein weniger wirksames Recht wie das Recht auf Besitz endgültig versagen.

Damit sind Erwerbs- und Verlusttatbestand des Rechtes festgelegt. Der Inhalt des Rechtes war oben schon kurz gestreift worden, bedarf aber noch einer weiteren Auslegung.

§ 8.

Umfang des Rechtes.

Der Beklagte kann zunächst dem Kläger vorhalten, daß dieser beim Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war. Dies ist eine rechtsverneinende Einwendung. Wenn der Beweis gelingt, so steht damit fest, daß Kläger ein Recht auf Besitz gar nicht erworben hat, die Klage ist abzuweisen.

Das Abhandenkommen einer Sache hat der Kläger selber zu beweisen. Dann nützt dem Beklagten sein guter Glaube nicht, das Recht ist nicht erloschen, der Anspruch besteht. Aber er versagt, wenn der Beklagte Eigentümer ist, oder wenn ihm vor der Besitzzeit des Klägers die Sache abhanden gekommen ist. Wir gewinnen hieraus einige wichtige Schlüsse auf das Recht selber: Das Recht ist zwar absolut, es richtet sich gegen unbestimmte Dritte, aber der Kreis der Pflichtsubjekte ist ein beschränkter. Henle [1]) nennt das Recht auf Besitz dementsprechend ein relativ-absolutes Recht. Die Relativität gegenüber dem Eigentum kann überwunden werden. Ist der Kläger Mieter des beklagten Eigentümers, so steht ihm bis zum Ablauf der Mietzeit der Besitz

10) Henle, S. 23, herrschende Meinung. Planck, 4. Auflage § 1007, 3b. Gierke, Fahrnisbesitz S. 60.

1) Henle, S. 5—6.

zu. Er könnte, wenn seine Klage abgewiesen würde, aus Mietrecht klagen. Das Gesetz sagt nichts hierüber, es erwähnt nur die Einrede aus § 986, wo der Beklagte dem Kläger gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Wenn aber der Eigentümer und Mieter gleichzeitig gegen einen Dritten klagen würden, so müßte der Mieter siegen, weil er näher zur Sache steht[2]). Das muß auch hier ausschlaggebend sein. Es kann eine Unzahl von Rechten auf Besitz geben, die alle in einer bestimmten Rangordnung eingruppiert sein müssen. Der der Sache Zunächststehende wird siegen, er hat das bessere Recht auf Besitz. Derselbe Gedanke wird unsere Entscheidung bestimmen, wenn mehrere Berechtigte auf Herausgabe klagen, oder wenn dem Beklagten gleichfalls ein Recht auf Besitz zusteht, oder, wie das Gesetz sagt, wenn die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war.

Das Abhandenkommen ist nicht immer ausschlaggebend. Wesentlich ist, ob der Beklagte seinerseits ein Recht auf Besitz geltend macht. Er war früher Besitzer, hat den Besitz und das Recht auf Besitz nicht aufgegeben, und seine Rechtstellung, die Herrschaft über die Sache, ist wieder hergestellt. Er ist aus früherem Besitz berechtigt. Es ist deshalb gleich, ob er beim Erwerb der Sache bösgläubig war oder nicht, er kann die Sache dem Kläger jetzt gestohlen haben. Nur darf er sein Recht nicht verloren haben, etwa durch Verzicht auf das Recht, nachdem die Sache schon abhanden gekommen war[3]).

Im Gesetz ist nur davon die Rede, daß dem Kläger wie auch dem Beklagten das Recht auf Besitz zusteht. Noch ein weiterer Kreis von Tatbeständen fällt unter diese Gruppe. Wenn ein unmittelbarer Besitzer die Sache verliert, so steht auch dem mittelbaren Besitzer das Recht auf Besitz zu. Auf den ersten Blick erscheint es, als stände beiden das gleiche Recht zu. Das ist auch richtig, aber das Recht auf Besitz des Eigentümers, des Mieters und des Untermieters, sowie des vermeintlichen Eigentümers und des vermeintlichen Mieters muß einer bestimmten Rangordnung unterstellt sein. Das ist der Kern des Absatz 2. Zwischen Gleichberechtigten muß das Recht auf Besitz versagen. Dem Inhalte nach ist das

2) Gierke, Jahrnisbesitz S. 62.

3) Henle, S. 20.

Recht überall dasselbe, aber die Relativität der Rechte ist eine unendlich variierende.

Zum Erwerbe des Rechtes auf Besitz genügt nicht allein der Erwerb des Besitzes. Wir kehren zu unserer Staffelung Vermieter — Mieter — Untermieter zurück. Der Vermieter muß denjenigen, von dem er seinen Besitz herleitet, für den Eigentümer gehalten oder doch wenigstens angenommen haben, daß sein Oberbesitzer den Besitz vom Eigentümer herleitet, sonst steht ihm kein Recht auf Besitz zu. Mieter und Untermieter müssen das gleiche angenommen haben. Der gute Glaube muß sich aber auch darauf erstrecken, daß der Eigentümer mit der weiteren Vermietung einverstanden ist. In allen Fällen, wo Vermieter, Mieter und Untermieter wissen, daß ihr mittelbarer Besitzer nicht zur Weitergabe berechtigt ist — und dies werden sehr viele sein, da das Einverständnis des Vergebers der Sache gemäß § 549 nicht einfach stillschweigend angenommen werden darf — steht ihnen ein Recht auf Besitz nicht zu. Sonst aber bestehen so viele Rechte auf Besitz, als Besitzer vorhanden sind.

Die Ansprüche aus diesen Rechten entstehen, wenn an irgendeiner Stelle ein Besitzverlust oder eine Besitzaufgabe eintritt. Der Besitzverlust wird immer beim unmittelbaren Besitzer eintreten. Der mittelbare Besitzer kann nur auf sein Recht auf Besitz verzichten, zwar nicht jederzeit, sondern erst dann, wenn in der Person des Besitzmittlers der Besitzverlust eingetreten ist.

Beim Besitzverlust stehen sämtlichen früheren Besitzern Ansprüche aus ihren Rechten gegen den jetzigen Besitzer zu. Wenn wir davon ausgehen, daß der jetzige Besitzer weder Eigentümer der Sache ist, noch daß ihm selber ein Recht auf Besitz zusteht, so dringen die Herausgabeansprüche durch, aber nur *ein* Herausgabeanspruch kann den Sieg davon tragen.

Auch dem Eigentümer steht ein Recht auf Besitz zu. Unser Vermieter soll sich aber auf Eigentum nicht berufen können. Der Anspruch versagt weiter gegen den noch früheren Besitzer. Wenn wir dies auf unseren Tatbestand anwenden, so müßte der Vermieter den Sieg davon tragen, denn sein Recht auf Besitz ist zunächst entstanden, es ist das ältere.

Dies ist aber nicht die einzige Rangordnung. Die Be-

stimmung, daß das ältere Recht vorgehen soll, findet nur dann Anwendung, wenn Kläger und Beklagter, oder wenn mehrere Kläger Rechte auf Besitz haben, ohne miteinander in Vertragsbeziehungen zu stehen. Das Gesetz sagt nichts hierzu. Von einer zeitlichen Rangordnung ist nur dort die Rede, wo der Besitz früher abhanden gekommen, der Anspruch früher entstanden und nun wieder befriedigt ist, und es auf eine weitere Rechtsverletzung hinauskommen würde, wenn man dem Anspruch des Klägers entspräche.

Entscheidend muß sein, daß der Anspruch auf Herausgabe des unmittelbaren Besitzes geht. Ein mittelbarer Besitz kann nicht herausgegeben, es kann nur der Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Besitzmittler abgetreten werden. Der Untermieter hat zuletzt den unmittelbaren Besitz: ihm steht auch jetzt im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter der unmittelbare Besitz zu, vorausgesetzt allerdings, daß der Mietvertrag zwischen den beiden noch nicht abgelaufen ist, und daß der Vermieter den Untermietvertrag genehmigt hat.

Nur in wenigen Fällen wird der Vermieter den Untermietvertrag genehmigen. Selbst dann wird der Vermieter das Nachsehen haben, weil ihm gegenüber der Mieter besser berechtigt ist. Würde der Vermieter obsiegen, so hätte der Mieter gegen ihn den Herausgabeanspruch auf Grund der bestehenden Miete. Wenn aber der Hauptmietvertrag abgelaufen ist, so steht der Vermieter am nächsten zur Sache, ohne daß Mieter oder Untermieter ihre Rechte auf Besitz verloren hätten. Falls nur der Mieter oder nur der Untermieter Klage erheben, greift ihr Herausgabeanspruch durch.

Bei der Besitzaufgabe oder der Besitzrechtsaufgabe fällt eines der Rechte auf Besitz und der aus ihm entstehende Anspruch fort. Wenn der Untermieter den Besitz aufgibt, z. B. die Sache veräußert, so erlischt sein Recht; ob der Vermieter oder der Mieter dann siegt, hängt von der Dauer des Mietvertrages ab. Es ist aber zu berücksichtigen, daß das Recht auf Besitz nur fortbesteht, wenn der jetzige Besitzer beim Erwerbe des Besitzes bösgläubig war. Sonst erlischt das Recht, und ein Anspruch gegen einen späteren Besitzer, der von der dem Untermieter nicht gestatteten Veräußerung wußte, kann nicht mehr entstehen.

III. § 9. Die Gegenüberstellung beider Paragraphen.

Die §§ 556 Abs. 3 und 1007 sind bisher im einzelnen, soweit sie unseren Tatbestand angehen, geprüft worden. Die uns gestellte Aufgabe, beide Paragraphen miteinander zu vergleichen, kann jetzt gelöst werden. Ein solcher Vergleich wird zeigen, daß zuweilen dem Vermieter die Ansprüche aus beiden Paragraphen gegeben sind, während in anderen Fällen nur der eine oder der andere zur Verfügung stehen, bildlich gesprochen, daß die Wirkungskreise beider Paragraphen zuweilen sich überschneiden, zuweilen getrennt von einander liegen. Zunächst sei noch vorausgeschickt, daß die Stellung des Beklagten hinsichtlich der Verwendungen, daß ferner die Nebenansprüche des Klägers in beiden Fällen dieselben sind. Wir hatten dem Beklagten, dem Untermieter einen Ersatzanspruch von Verwendungen zugebilligt, der § 292 läßt die sonst zwischen dem nicht besitzenden Eigentümer und dem von ihm verklagten besitzenden Nichteigentümer bestehenden Rechtsbeziehungen auch hier eingreifen (§ 292). Bei der Klage aus dem § 1007 gilt dasselbe: Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 986—1003 entsprechende Anwendung (§ 1007 Abs. 3 Satz 2).

Der Anspruch aus § 556 Abs. 3 greift nur nach Beendigung der Hauptmiete ein. Dementsprechend ist die Stellung der Beteiligten vor und nach Beendigung der Hauptmiete gesondert zu prüfen.

Ein Vergleich ist nur möglich, wenn durch die freiwillige oder unfreiwillige Besitzweggabe auf Seiten des unmittelbaren Besitzers die Beteiligten — Vermieter, Mieter und Untermieter — zu früheren Besitzern werden. Wenn die Besitzkette nicht reißt, so hat der Vermieter nach Beendigung der Mietzeit nur den Herausgabeanspruch aus § 556 Abs. 3.

I. Vor Beendigung der Hauptmiete ist der Anspruch aus § 556 Abs. 3 nicht fällig, demnach nicht durchführbar. Der Kläger muß den Abschluß des Mietvertrages, die Gebrauchsüberlassung von Seiten des Mieters an den Untermieter und die Beendigung der Hauptmiete beweisen, sonst wird er mit seiner Klage abgewiesen. Der Vermieter hat jetzt nur den Anspruch aus seinem Recht auf Besitz zur Verfügung,

vorausgesetzt, daß ihm ein solches Recht überhaupt zusteht. Dies erfährt im Prozeßverfahren insofern eine Modifikation, als der Kläger nur seinen früheren Besitz, den jetzigen Besitz des Beklagten, und entweder bösgläubigen Erwerb auf Seiten des Beklagten oder unfreiwilligen Besitzverlust auf Seiten seines Besitzmittlers beweisen muß, während es Sache des Beklagten ist, zu beweisen, daß dem Kläger trotz seines früheren Besitzes doch kein Recht auf Besitz zustand.

Der Vermieter ist also lediglich auf sein Recht auf Besitz angewiesen. Hier fällt eine Aehnlichkeit beider Paragraphen in ihrer Wirksamkeit auf. Dem Vermieter steht an sich ein Anspruch aus § 556 Abs. 3 zu, wenn er auch noch nicht fällig ist. Ebenso hat er das Recht auf Besitz, und hieraus steht ihm ein weiterer Anspruch gegen den jetzigen Besitzer zu, falls nicht sein Recht erloschen ist, oder dem Beklagten ein besseres Recht zusteht. Dieser letzte Anspruch ist fällig, aber er ist relativ. Er tritt zurück, wenn Mieter und Untermieter gleichzeitig ihre Rechte auf Besitz geltend machen. Der Mietvertrag spielt auch hier seine Rolle: Vor der Beendigung der Hauptmiete steht der Untermieter am nächsten zur Sache. Sein Recht ist das stärkste. An zweiter Stelle steht der Mieter, welcher siegen müßte, wenn nur Vermieter und Mieter klagen. Dem Vermieter steht vorläufig — aber nur im Innenverhältnis zwischen den Dreien — kein unmittelbarer Besitz zu.

II. Erst nach Beendigung der Hauptmiete greifen beide Paragraphen ineinander. Der dingliche Anspruch scheint sicherer zu sein, weil er die Sache selber verfolgt. Auf Grund der eigentümlich geregelten Beweislast, wonach der frühere Besitzer nicht zu beweisen hat, daß er beim Erwerb des Besitzes gutgläubig war, wird es dem bösgläubigen Vermieter zuweilen gelingen, ein Recht auf Besitz fälschlich zu behaupten und durchzusetzen. In allen Fällen ist jedoch die Stellung des Vermieters aus dem dinglichen Recht eine unsichere, weil er das Recht wider Willen verlieren kann. Gibt sein Besitzmittler die Sache auf, und ist der Besitzerwerber in gutem Glauben, was bis zum Beweise des Gegenteils angenommen wird, so erlischt das Recht auf Besitz. Hier bleibt dem Vermieter der obligatorische An-

spruch. Der Untermieter kann die Sache nicht herausgeben, er hat aber sein Unvermögen zur Leistung verschuldet und haftet persönlich mit seinem ganzen Vermögen auf die Sache.

Wann der Untermieter die Sache weggegeben hat, ob vor oder nach der Beendigung der Hauptmiete, bleibt für die Entscheidung gleichgültig: Nach unserer Auffassung besteht eine Haftung schon vor der Beendigung der Hauptmiete. Unsere Einteilung bezieht sich nur auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, nicht auf den Zeitpunkt der Besitzaufgabe. Eine Konkurrenz der Rechte auf Besitz des Vermieters und des Mieters tritt nicht in Erscheinung. Beiden steht auch jetzt noch das Recht auf Besitz zu, und wenn der Mieter alleine klagen würde, so müßte der jetzige Besitzer ihm die Sache herausgeben. Wenn aber beide klagen, so siegt der Vermieter, weil er jetzt das bessere Recht auf Innehabung des unmittelbaren Besitzers an der Sache hat.

Wenn der Besitzerwerber in gutem Glauben war, praktisch gedacht, wenn der Kläger dem Beklagten seine Bösgläubigkeit beim Besitzerwerb nicht nachweisen kann, oder wenn dem Beklagten das gleiche oder ein besseres Recht auf Besitz zusteht, so wird der Vermieter mit seiner dinglichen Klage abgewiesen, ihm bleibt nur der obligatorische Anspruch. An sich sind aber beide Klagen gegeben. Der Besitzer kann den Kläger nicht auf seinen Herausgabeanspruch gegen den Untermieter verweisen, das wäre eine Beschneidung des Rechts auf Besitz. Andererseits kann der Untermieter nicht Klageabweisung begehren, weil ein Dritter zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist. Der Untermieter hat die Sache vorsätzlich weiter gegeben, unter Umständen gegen Entgelt, deshalb besteht kein Anlaß, ihn von seiner Verpflichtung auf Herausgabe zu befreien.

Bei unfreiwilligem Verlust steht sämtlichen früheren Besitzern nach wie vor das Recht auf Besitz zu. Auch hier ist das Recht des Vermieters das stärkste.

Der Anspruch aus § 556 Abs. 3 scheint hier zu versagen. Der Untermieter hat den Besitz nicht freiwillig aufgegeben, ihm kann nicht Vorsatz, höchstens Fahrlässigkeit zur Last fallen. Der Untermieter ist jedoch nur tatsächlich, vorübergehend nicht in der Lage, die Sache wieder herauszugeben. Ihm steht selber das Recht auf Besitz zu, er hat

einen fälligen Herausgabeanspruch gegen den Besitzer. Schließlich ist das nur ein Kreislauf: Wenn dem Vermieter zwar selber ein Recht auf Besitz zusteht, das Recht des Besitzers aber ein besseres ist, so ist anzunehmen, daß auch der Anspruch aus dem Recht des Untermieters nicht durchdringen wird, Eigentümer ist er gleichfalls nicht, und sein Recht auf Besitz ist später entstanden. Es kann aber vorkommen, daß dem Vermieter kein Recht auf Besitz zusteht, wohl aber dem Untermieter, weil dieser den Mieter für den Eigentümer gehalten hat. Dann kann der Vermieter nicht dinglich vorgehen, wohl aber obligatorisch: Er kann den Herausgabeanspruch des Untermieters pfänden lassen und so durch Verbindung beider Ansprüche zum Ziel kommen.

§ 10. Schluß.

In den weitaus meisten praktischen Fällen, die Gegenstand unserer Untersuchung gewesen sind, greifen die beiden Ansprüche derart ineinander ein, daß immer dann der eine durchdringt, wenn der andere versagt. Nur einmal ergänzen sie sich, so daß man nur mit beiden zugleich zum Ziel kommt, das war da, wo dem Vermieter das Recht auf Besitz mit Erfolg abgesprochen war, und auch die Klage aus § 556 Abs. 3 an sich versagte, weil dem Untermieter die Sache abhanden gekommen war, ohne daß er das Abhandenkommen zu vertreten hatte, wo ihm aber ein Recht auf Besitz noch zustand, und nur der Vermieter sich auf das Recht zu berufen brauchte, um darzutun, daß es dem Untermieter nur tatsächlich, nicht aber rechtlich unmöglich wäre, die Sache zurückzugeben.

Daraus ergibt sich der Schluß, daß der Vermieter dann schutzlos ist, wenn auch dem Untermieter ein solches nicht zusteht, z. B. wenn der Vermieter nicht untervermieten durfte, und der Untermieter dies wußte, die Sache aber dennoch in Miete nahm, und ihm die Sache nun verloren geht, ohne daß ihn Fahrlässigkeit trifft. Hier ist weder mit § 1007 noch mit § 556 Abs. 3 etwas zu machen. Obgleich dies nicht unbillig erscheint, da ja hier weder der frühere

noch der gegenwärtige Besitzer einen Schutz verdient, unter Gleichberechtigten aber dem ganzen Gedankengang der Besitzlehre des BGB. entsprechend der jetzige „glückliche Besitzer" den Schutz verdient. Und doch hat der Untermieter noch eine Möglichkeit, die Sache vom Dritten zurückzuverlangen: Wenn die rechtliche Natur des Besitzes zwar heute noch umstritten ist, und im allgemeinen der Besitz nicht als ein Recht angesehen wird, so wird er doch von der Rechtsordnung gleich einem ausschließlichen Recht gegen jedermann geschützt, er gehört zu den Rechten des § 823 Abs. 1[1]). Der jetzige Besitzer ist also dem Vermieter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der daraus entsteht, daß er den Besitz eines anderen — sowohl des Vermieters und des Mieters als auch des Untermieters — vorsätzlich oder fahrlässig widerrechtlich verletzt. Dieser Anspruch steht aber dem Gebiet unserer Untersuchung fern, — wir sind am Ziele unserer Darstellungen.

---

1) RG. Komm. § 823, 9. Enneccerus, § 451, I, 1c.

Lebenslauf.

Ich, Hans Vorbeck, bin am 7. November 1904 in Bützow in Mecklenburg als Sohn des Rechtsanwalts Erdwin Vorbeck und seiner Gemahlin Helene, geb. Müller, geboren. Von Ostern 1912 bis 1915 besuchte ich die Frl. Hoffmannsche Privatschule in Bützow und anschließend das dortige Realgymnasium, das ich im März 1924 mit dem Reifezeugnis verließ. Ich studierte anschließend in Freiburg, München und Rostock die Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 20. März 1928 in Rostock die erste juristische Prüfung. Seitdem bin ich in Bützow und Güstrow als Referendar tätig gewesen. Am 18. Dezember 1929 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock die mündliche Doktorprüfung.